LEITURAS SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

(ORGANIZADORES)

FELIPE ASENSI
SIDDHARTA LEGALE
CLAUDIA LOUREIRO
ANDRÉ PORTELLA
CAROLINA DE OLIVEIRA

LEITURAS SOBRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

CONSELHO DO CAED-JUS

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título "Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o 'totalitarismo consumista' e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna".

SUMÁRIO

O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL A PARTIR DA TEORIA TRANSDISCIPLINAR

Ana Cristina Alves de Paula
Thiago Giovani Romero

INTRODUÇÃO

No ano 2000, foi assinada a Declaração do Milênio na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova York, na qual ficou categoricamente estabelecido que o saneamento básico é crucial para melhorias no campo da saúde, do desenvolvimento e da dignidade humana, motivo pelo qual se tornou foco da Campanha da Fraternidade Ecumênica de 2016. Ademais, a Assembleia Geral da ONU reconheceu, em meados de 2010, os direitos à água potável e saneamento básico como direitos humanos, com força normativa no âmbito internacional (ONU, 2010a, online).

Entretanto, em que pese esse ainda recente esforço normativo internacional, não houve incrementos consideráveis no acessoao saneamento básico.

Simony Costa Oliveira e Liliana Angel Vargas (2010, p. 2) informam que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em conjunto com o Fundo das Nações Unidas para a Infância, em 2000, apontou no relatório "Situação Global de Suprimento de Água e Saneamento" que, no mundo, 1,1 bilhão de pessoas não tem acesso ao abastecimento de água e mais de dois bilhões não possuem condições adequadas de saneamento. Isso significa dizer que, em pleno século XXI, mais de um bilhão de seres humanos são excluídos do acesso a um bem essencial à manutenção da vida.

Dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), do Ministério das Cidades, mostram que mais de 100 milhões de brasileiros, ou seja, mais da metade da população do país, ainda não possuem acesso à coleta e tratamento de esgoto. As informações mostram, também, que 35 milhões de pessoas ainda não recebem água tratada em casa e cerca de seis milhões de brasileiros não têm acesso a banheiros (REVISTA RHONLINE, 2016).

Acrescente-se que um estudo recente do Instituto Trata Brasil demonstrou que o Brasil convive com centenas de milhares de casos de internação por diarreias todos os anos (400 mil casos em 2011, sendo 53% de crianças de 0 a 5 anos), muito disso devido à falta de saneamento. Outro estudo do BNDES estima que 65% das internações em hospitais de crianças com menos de 10 anos sejam provocadas por males oriundos da deficiência ou inexistência de esgoto e água limpa, o que também surte efeito no desempenho escolar, pois crianças que vivem em áreas sem saneamento básico apresentam 18% a menos no rendimento escolar (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2015).

Nota-se que grande parte dos problemas sanitários e das doenças de veiculação hídrica, embora possam ser decorrentes de um conjunto de aspectos, refletem as iniquidades em termos de acesso ao saneamento básico.

Coaduna-se com o entendimento de Sonia Aparecida de Carvalho e Luiz Gonzaga Silva Adolfo, para quem o saneamento ambiental tem por objetivo promover a melhoria das condições de saúde e a qualidade de vida da população (GONZAGA; ADOLFO, 2012, p.8).A presença do serviço de saneamento básico é determinante nos indicadores de saúde pública da população. A qualidade da água utilizada para consumo humano e para higiene pessoal, a falta de redes de esgotos domésticos e águas potáveis, e a ausência de tratamento dos efluentes industriais e resíduos sólidos das empresas e residências, são verdadeiros vetores de doenças atentando contra a dignidade humana (ROCHA, s/d, p.2).

Embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito social, o saneamento básico integra o conjunto de serviços públicos indispensáveis à efetivação dos direito à saúde e, consequentemente, do direito à vida.

O presente estudo foi conduzido segundo a perspectiva de que a qualidade ambiental deve ser reconhecida como elemento integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fundamental ao desenvolvimento do ser humano e ao bem-estar existencial, a partir da teoria transdisciplinar. Para a elaboração deste artigo, utilizou-se do método analítico-dedutivo e do estudo de diversos estudos que abordam o tema proposto.

1. O RECONHECIMENTO DO ACESSO AO SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à saúde está classificado como direito de segunda dimensão, surgindo da constatação de que os direitos de primeira geração (direitos políticos e civis), garantidos pelas constituições dos diversos países, eram insuficientes para assegurar aos indivíduos proteção eficaz para as diversas afrontas suportadas.

Por se tratar de direito fundamental e social, deve ser garantido pelo Estado, mediante políticas públicas eficazes e eficientes.

Dispôs a Constituição da República no seu art. 6º, *caput*, que a saúde é direito social, ao lado de educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados;no inc. IV do art. 7º, ao tratar dos bens da vida a serem providos pelo salário mínimo prestado ao trabalhador, incluiu o custeio da saúde.

Por seu turno, dispõe o art. 196 que:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

O texto constitucional não conceituou saúde; apenas assegurou tratar-se ela de um direito. O direito à saúde tem natureza dúplice (individual e coletivo), e tríplice função constitucional (promocional, preventiva e curativa), abrangendo obrigações de caráter negativo para sua defesa e positivo para sua promoção.

João Batista Damasceno leciona que oacesso à saúde há de ser universal, isto é, para todos e igualitariamente, seja para as ações e serviços destinados à sua promoção, à sua proteção ou à sua recuperação. Daí é que se conclui que saúde não se reduz à ausência de doenças e nem sempre será tratada por meio do acesso a medicamentos e serviços clínico-hospitalares. Também se insere no conceito de saúde toda ação tendente a impedir o desequilíbrio socioambiental do indivíduo e a promover sua integração com o meio social no qual está inserido, no gozo da liberdade individual e no uso dos recursos disponíveis.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), trata-se a saúde de "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades". Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz e Francisco Carlos Duarte mencionam a crítica de Marcos Segre e Flávio Carvalho Ferraz, para quem a definição acima é retrógrada e utópica, pois seria impossível definir a expressão "completo bem-estar físico", o que de fato é arriscado (SEGRE; FERRAZ, 1997, apud LAHOZ; DUARTE, 2015, p. 8); porém, de acordo com Valéria Lerch Lunardi, também mencionada, este não é o maior problema do conceito – deveria ser encarado como um objetivo a ser atingido –, mas conceituar "bem-estar", algo que todos parecem saber mas não conseguem apresentar uma noção precisa (SEGRE; FERRAZ, 1999, apud LAHOZ; DUARTE, 2015, p. 8, apud).

Moacyr Scliar, aduzido por Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz e Francisco Carlos Duarte, compreende que as todas as críticas apontadas à definição de saúde fornecida pela Organização Mundial de Saúde apresentam algum grau de subjetividade:

> A amplitude do conceito da OMS [...] acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde. Em decorrência da primeira objeção, surge o conceito de Christopher Boorse (1977): saúde é ausência de doença. A classificação dos seres humanos como saudáveis ou doentes seria uma questão objetiva, relacionada ao grau de eficiência das funções biológicas, sem necessidade de juízos de valor. (SCLIAR, 2007, p. 37, apud LAHOZ; DUARTE, 2015, p. 9)

O serviço público de saneamento básico, por suas características, pode ser considerado como essencial para a consagração da saúde, no sentido de que sua ausência implica em uma série de consequências que podem lesar o bem-estar de cada cidadão, influenciando diretamente também na qualidade e expectativa de vida (LAHOZ; DUARTE, 2015, p. 8). A OMS define o saneamento como "o controle de todos os fatores do meio físico do homem que exercem ou podem exercer efeito deletério sobre o seu bem-estar físico, mental ou social", tendo como objetivo maior a promoção da saúde, pois muitas doenças proliferaram devido à sua carência.

Para Evangelina Castilho Duarte, o direito à saúde, portanto, não é apenas o direito de ser saudável, mas também um meio de se obter liberdade e empoderamento, abrangendo um direito a um sistema de proteção à saúde que assegure igualdade de oportunidades entres os grupos populacionais quanto ao acesso aos serviços de saúde, reduzindo as desigualdades sociais e proporcionando maior qualidade de vida a todos os cidadãos, concretizando assim o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento do ordenamento jurídico brasileiro. Insere-se nesse contexto o saneamento básico, como forma de prevenção da saúde, que consiste em tornar sadios a água e o esgoto, através de tratamento, cujo conhecimento já é dominado pela ciência da engenharia (DUARTE, s/d, p. 7).

Segundo Guimarães, Carvalho e Silva apud Evangelina Castilho Duarte (s/d, p. 16),

> sanear quer dizer tornar são, sadio, saudável. Pode-se concluir, portanto, que saneamento equivale à saúde. Entretanto, a saúde que o saneamento proporciona difere daquela que se procura nos hospitais e nas chamadas casas de saúde. É que para esses esta-

belecimentos são encaminhadas as pessoas que já estão efetivamente doentes ou, no mínimo, presumem que estejam. Ao contrário, o saneamento promove a saúde pública preventiva, reduzindo a necessidade de procura aos hospitais e postos de saúde, porque elimina a chance de contágio por diversas moléstias. Isto significa dizer que, onde há saneamento, são maiores as possibilidades de uma vida mais saudável, e os índices de mortalidade - principalmente infantil - permanecem nos mais baixos patamares.

O saneamento básico é definido como "conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais", de acordo com a Lei nº 11.445/07. Em outras palavras, saneamento é o conjunto de medidas que visa preservar ou modificar as condições do meio ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde, melhorar a qualidade de vida da população e à produtividade do indivíduo e facilitar a atividade econômica. Embora atualmente se use no Brasil o conceito de Saneamento Ambiental como sendo os quatro serviços citados acima, o mais comum é o saneamento seja visto como sendo os serviços de acesso à água potável, à coleta e ao tratamento dos esgotos.

Impõe-se diferir o conceito de saneamento ambiental (já inscrito no art. 2°, inc. I, da Lei n° 10.257/01) e saneamento básico. O saneamento ambiental é uma atividade essencial que, por meio dos serviços de água, esgoto e resíduos sólidos favorece o desenvolvimento das cidades e melhora as condições de vida da população; o saneamento básico, ao revés, corresponde ao mínimo que as populações necessitam

para reduzir ou minimizar os impactos ambientais e sociais (GONZAGA; ADOLFO, 2012, p. 20).

De acordo com Evangelina Castilho Duarte, alguns fatores são predisponentes para a proliferação de doenças, tais como ambiente poluído, inadequado destino do lixo, ausência de água de boa qualidade, e má deposição de dejetos. O saneamento básico deve associar sistemas constituídos por uma infraestrutura física e uma estrutura educacional, legal e institucional, que abranja medidas de educação da população em geral e serviços de abastecimento de água em qualidade compatível para proteção à saúde e em quantidade suficiente para garantia de condições básicas de conforto; coleta, tratamento e disposição ambientalmente adequada e sanitariamente segura de águas residuais, ou seja, esgotos sanitários, resíduos líquidos industriais e agrícolas; acondicionamento, coleta e transporte de resíduos sólidos; coleta de águas pluviais; controle de vetores de doenças transmissíveis, dentre outros (DUARTE, s/d, p. 6).

Configura o saneamento básico um fator essencial para um país ser classificado como desenvolvido. Os serviços de água tratada, coleta e tratamento dos esgotos levam à melhoria da qualidade de vidas das pessoas, sobretudo na saúde infantil (com redução da mortalidade infantil), expansão do turismo, valorização dos imóveis, à despoluição dos rios e preservação dos recursos hídricos, atuando no combate da pobreza e da degradação do meio ambiente.

Lamentavelmente, verifica-se uma dicotomia no estudo da saúde, do saneamento básico e do direito fundamental à saúde e ao saneamento básico, em compartimentação de cada uma das áreas. Responsabilizam-se os médicos pelo estudo da saúde, os engenheiros sanitaristas pelo estudo do saneamento básico e os profissionais do direito pelo estudo do direito à saúde e ao saneamento básico (DUARTE, s/d, p. 6).

Faz-se indispensável, pois, um planejamento com vistas à funcionalidade da atuação e à integração das áreas envolvidas (dado que o saneamento básico é meio de prevenção da saúde e, ao fim, garantia do direito fundamental, humano e constitucional à saúde), com aprimoramento das políticas públicas correspondentes(DUARTE, s/d, p. 6).

A saúde pública e o saneamento básico vêm sendo negligenciados como instrumentos de planejamento público, o que exige novas posturas na gestão das políticas públicas, em que a participação popular e o controle social devem estar interligados.

O Brasil tem 9,6 milhões de domicílios urbanos, que abrigam aproximadamente 60 milhões de pessoas que não dispõem do serviço de tratamento de esgoto. Essa situação ocorre principalmente nas áreas mais carentes dos grandes centros, nas cidades com até 20 mil habitantes, mas também nas regiões Norte e Nordeste. Nelas, aproximadamente 15 milhões de domicílios não contam com água encanada; e a parte desta população que é atendida pelo sistema de abastecimento de água acaba sofrendo com interrupções no fornecimento de água e problemas de qualidade da água (CARVALHO; ADOLFO, 2012, p. 19).

Para Sonia Aparecida de Carvalho e Luiz Gonzaga Silva Adolfo (2012, p. 15), as cidades brasileiras não têm conseguido oferecer infraestrutura urbana necessária para acompanhar o mesmo ritmo do crescimento populacional e, por isso, muitas pessoas não conseguem ter o atendimento mínimo necessário para viver dignamente em comunidade.

> O Brasil tem o pior desempenho na área do serviço de saneamento básico, em relação aos países como a Colômbia, o Suriname, o Chile e o Paraguai. E, que o saneamento básico influencia no cálculo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) [...]. O IDH preten-

de ser uma medida geral do desenvolvimento humano, não abrangendo todos os aspectos do desenvolvimento, não representando, assim, a felicidade das pessoas e nem indicando o melhor lugar no mundo para se viver, mas permitindo uma concepção real de como é considerada e tratada à vida humana em cada País (CARVALHO; ADOLFO, 2012, p. 19).

Cabe acrescentar que nas cidades brasileiras existem muitos vazios urbanos, sujeitos à especulação imobiliária, obrigando a população economicamente desfavorecida a adquirir imóveis nas áreas mais distantes da cidade ou a recorrer à moradia em condições improvisadas e em situação irregular, o que provoca o aumento dos espaços entre um loteamento e outro, retarda o acesso aos benefícios proporcionados pelo saneamento básico e exige a extração de mais recursos naturais necessários diante da expansão (CARVALHO; ADOLFO, 2012, p. 20).

Logo, os grupos sociais mais pobres têm os seus direitos fundamentais violados duplamente, tanto sob a perspectiva dos seus direitos sociais, quanto em relação ao seu direito a viver em um ambiente sadio e equilibrado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012). Diante dessa realidade, surgiu o movimento por justiça ambiental, em defesa de um tratamento justo – que nenhum grupo, seja ele definido por etnia, classe social ou localização geográfica, arque de maneira desproporcional com as consequências ambientais negativas de determinada obra, política ou projeto – e de um envolvimento efetivo da população em todas as etapas do processo de decisão sobre o acesso e uso dado aos recursos naturais, visando uma nova racionalidade ambiental.

De acordo com Sonia Aparecida de Carvalho e Luiz Gonzaga Silva Adolfo, a justiça ambiental, per se, pode ser definida como uma “espacialização da justiça distributiva”, porquan-

to se relaciona diretamente com uma proposta de justiça na distribuição do meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os seres humanos(CARVALHO; ADOLFO, 2012, p. 24).

> Neste sentido, a tutela integrada dos direitos sociais e da proteção do ambiente, sob a formatação dos direitos fundamentais socioambientais, atende justamente a um critério de justiça socioambiental, para além da ideia de justiça social, erradicando as mazelas socioambientais que alijam parte significativa da população brasileira do desfrute de uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado, seguro e hígido(CARVALHO; ADOLFO, 2012, p. 24).

A injustiça ambiental, por sua vez, resulta de um sistema de produção não sustentável, que promove a ocupação desordenada do solo e a destruição de ecossistemas, afetando de modo desigual diferentes grupos sociais ou áreas geográficas, já que as múltiplasformas de degradação ambiental incidem, especialmente, onde vivem as populações de menor renda. Todos os efeitos nocivos do desenvolvimento recaem sobre os cidadãos mais desfavorecidos economicamente, os quais possuem um acesso mais restrito aos serviços públicos essenciais, tais como: a água potável, ao saneamento básico, à moradia adequada, à saúde e a melhoria de todos os aspectos de higiene(CARVALHO; ADOLFO, 2012, p. 25).

Anda segundo Sonia Aparecida de Carvalho e Luiz Gonzaga Silva Adolfo (2012, p. 30), a justiça ambiental deve reforçar a relação entre direitos e deveres ambientais, objetivando uma redistribuição de bens sociais e ambientais, e uma equalização de direitos entre ricos e pobres entre os países do Norte e países do Sul, que, em maior ou menor medida, são todos reféns das condições ambientais.

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer ensinam que o Estado Socioambiental, além de comprometer-se com a justiça social (garantia de uma existência digna ao acesso aos bens sociais básicos) assume a condição de um Estado de justiça ambiental, pois implica a proibição de práticas discriminatórias que tenham a questão ambiental de fundo, como decisão, seleção, prática administrativa ou atividade material referente à tutela do ambiente ou à transformação do território que onere injustamente indivíduos, grupos ou comunidade pertencentes à minoria populacional em virtude de etnia, situação econômica ou localização geográfica (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 35-36).

2. O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

A priori, o serviço público de saneamento básico no Brasil tem previsões na Constituição Federal de 1988, mas foi a Lei nº 11.445/2007, chamada de Lei Nacional de Diretrizes para o Saneamento Básico que foi a precursora na institucionalização de saneamento básico efetivo e adequado no território brasileiro. Nesta toada, Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz e Francisco Carlos Duarte (2015, p. 331), apontam que a Lei de Diretrizes, mesmo tendo apenas oito anos de vigência, é o principal documento a sobre o tema, servindo de base para o que o Supremo Tribunal Federal decidisse sobre a prevalência de uma competência partilhadaentre Estado e municípios na prestação de serviços de saneamento básico.

Conforme dito superficialmente, a Lei nº 11.445/2007 foi precursora no tema do saneamento básico, pois, como explica Carlos Pinto Coelho Motta (2009, p. 109) "faltava, no setor de saneamento básico, uma norma federal transitiva direta que viesse ordenar, sistematizar e efetivar a universalização

do acesso a tais serviços e fruições". Nesta linha de pensamento, Paulo José Vilella Lomar (2007, p. 7) ressalta a importância dos conteúdos das diretrizes, que assumem um caráter norteador e diretivo quanto a formulações e implementações de ações que envolvam o setor público e privado, buscando um único objetivo, a eficiência da prestação de serviços ligados ao saneamento básico.

Em suma, conforme acertadamente apontado por Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz e Francisco Carlos Duarte (2015, p. 333), para que se aufiram resultados positivos e progressivos, faz-se necessário a ação conjunta entre os poderes jurídico, legislativo e executivo, visando estabelecer e elaborar legislações e políticas públicas que atuem diretamente com a população, proporcionando campanhas de conscientização e reeducação, ligados ao saneamento básico, como o tratamento e combate ao desperdício de água tratada. No mais, o Brasil, diante da amplitude do território, existe diferentes formas de gestão do saneamento, mesmo tendo leis, decretos e planos definidos no nível federal.

2.1 O SANEAMENTO BÁSICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, pode-se apontar que os serviços públicos de saneamento básico (que consistem no abastecimento urbano de água potável e esgotamento sanitário) são de abrangência e responsabilidade da administração pública local. Como aponta José de Sena Pereira Júnior (2008, p. 3), esta responsabilidade, em alguns casos, pode sofrem interligações entre Municípiosvizinhos, geralmente visto em regiões metropolitanas, locais onde existem longas adutoras, responsáveis pela distribuição de água para diversos municípios.

Neste sentido, o art. 30 da Constituição Federal reporta a responsabilidade para o município, ou seja, existe a previsão

constitucional quanto à competência municipal, conforme segue abaixo:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
>
> III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
>
> IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
>
> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
>
> VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
>
> VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
>
> VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;
>
> IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A respeito da competência municipal prevista na Constituição Federal, Luis Carlos Barroso (2007, p. 10) mostra que o dispositivo procura efetivar o princípio da subsidiariedade, possibilitando que os serviços (cujo interesse é tipicamente local) sejam prestados de forma adequada pelo Município.

Ainda sobre o critério do interesse local, depara-se com o seguinte entendimento de Hely Lopes Meirelles (1998, p. 262), abaixo exposto.

> O critério do interesse local é sempre relativo ao das demais entidades estatais. Se sobre determinada matéria predomina o interesse do Município em relação ao do Estado-membro e ao da União, tal matéria é da competência do Município. A aferição, portanto, da competência municipal sobre serviços públicos locais há de ser feita em cada caso concreto, tomando-se como elemento aferidor o critério da predominância do interesse, e não o da exclusividade, em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidades do serviço.

No mais, a competência dos municípios quanto à prestação de serviços de saneamento básico é de interesse local, abrangendo a coleta, o tratamento e disposição final de esgotos sanitários. Portanto, resta claro que a prestação do serviço público não pode serafetadopor outro ente federativo, deve ser caracterizado a predominância do interesse local, relativamente ao interesse dos Estados e da União, será da competência dos Municípios. (BARROSO, 2007, p. 12).

Encontra-se no ordenamento constitucional no art. 25, §3º a competência dos Estados na prestação de serviços, os quais se fundamentam no interesse comum de um conjunto de Municípios ou até mesmo de uma região mais ampla, os quais estão

afetados aos Estados, de acordo com o apontamento de Luís Carlos Barroso (2007, p. 12). Ademais, segue o art. 25, §3º:

> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
>
> § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.
>
> § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.
>
> § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.
>
> § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

José de Sena Pereira Júnior (2008, p. 4) reporta-se aos conflitos de competência que possam surgir em razão do artigo exposto acima, ou seja, pode ocorrer um conflito de competência entre Estados e Municípios que compõem uma região metropolitana para a efetiva prestação de serviços de saneamento básico.

Logo, conclui-se que a competência estadual para a prestação de serviços no âmbito das regiões metropolitanas, consolida-se pela simples imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado (SOARES, 1998, p. 286).

Por fim, verifica-se a competência da União quanto à prestação de serviços de saneamento básico, expressos nos artigos abaixo arrolados:

> Art. 21. Compete à União:
>
> (...)
>
> XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
>
> (...)
>
> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> (...)
>
> IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
>
> (...)

Logo, no art. 21 está disposta a competência da União em instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; relevante foi o papel da Lei de Diretrizes Nacionais de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007). Não menos importante, o art. 23 retrata a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de promover a melhoria do saneamento básico.

Por fim, vale salientar que a competência da União limita-se a estabelecer diretrizes de saneamento básico, não cabendo a ela exercer atividades de prestação de serviçosno setor de saneamento (PEREIRA JUNIOR, 2008, p. 5).

2.2 AS ATUAIS DIRETRIZES NACIONAIS DE SANEAMENTO BÁSICO (LEI Nº 11.445/2007)

A Lei nº 11.445/2007 estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico no Brasil, como também altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Esta legislação também traz expressamente os princípios fundamentais para a prestação dos serviços de saneamento básico brasileiro, conforme se verifica:

> Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:
>
> I - universalização do acesso;
>
> II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;
>
> III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;
>
> IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes, adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado; V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

XI - segurança, qualidade e regularidade;

XII - integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos;

XIII - adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água.

Em seguida, encontram-se no art. 3º da Lei os conceitos básicos sobre o tema, que passaram a ser pontuados pelo legislador, por saneamento básico, entende-se como “conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais”, podendo se apresentar em quatro formas, abaixo:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

> b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
>
> c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
>
> d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Continuamente, o art. 3º entende como gestão associada a "associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal"; já por universalização, compreende-se como a "ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico"; por controle social trata-se do "conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados ao saneamento básico". Vale salientar que por subsídios, de ser entendido como um "instrumento econômico de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda".

Não menos importante, o art. 4° é taxativo a respeito dos recursos hídricos, que não integram os serviços públicos de saneamento básico. Isto porque, a destes recursos na prestação de serviços públicos de saneamento básico está sujeita a outorga de direito de uso, conforme estabelece a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

No art. 6º da Lei, encontra-se a questão do lixo proveniente das atividades comerciais, industriais e de serviços, que por decisão do poder público, pode ser considerado resíduo sólido urbano. Já o art. 7º versa sobre a composição de atividades relacionadas ao serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos, abaixo:

> I - de coleta, transbordo e transporte dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;
>
> II - de triagem para fins de reuso ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de disposição final dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;
>
> III - de varrição, capina e poda de árvores em vias e logradouros públicos e outros eventuais serviços pertinentes à limpeza pública urbana.

Quanto ao exercício da titularidade, encontra-se no art. 8º do Capítulo II da Lei nº 11.445/2007, que os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão: "delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005".

Neste sentido, para a elaboração de políticas públicas de saneamento básico, o titular deverá formulá-las da seguinte maneira, de acordo com os preceitos do art. 9º:

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei;

II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação;

III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água;

IV - fixar os direitos e os deveres dos usuários;

V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei;

VI - estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento;

VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.

Nota-se que a legislação sobre o saneamento básico traz, expressamente, as condições quanto à validade dos contratos para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, que consiste na existência de plano de saneamento básico;de um estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação; a necessidade de normas para a regulação dos meios para as diretrizes possam ser cumpridas com efetividade; por fim, a realização prévia de audiência e de consulta públicas, no caso de concessão; de acordo com o art. 11º.

No Capítulo III da mesma Lei, encontra-se espaço dedicado à prestação regionalizada de serviços públicos de sanea-

mento básico, a partir do art. 14, que traz a definição desta modalidade de prestação, segue:

> Art. 14. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico é caracterizada por:
>
> I - um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não;
>
> II - uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração;
>
> III - compatibilidade de planejamento.

Na sequência, o art. 15 indica quais as atividades de regulação e fiscalizações poderão ser exercidas na prestação de serviços regionalizados, sendo:

> I - por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;
>
> II - por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Cabe ressaltar que a prestação regionalizada pode ser realizada por órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação; e por empresa a que se tenham concedido os serviços, conforme disposto no art. 16.

Sabe-se que as prestações de serviços públicos de saneamento deverão ser realizadas por meio de um planejamento,

que deve abranger no mínimo, os seguintes liames expressos no art. 19, como seguem abaixo:

> Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:
>
> I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;
>
> II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;
>
> III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;
>
> IV - ações para emergências e contingências;
>
> V - mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

A Lei também traz os aspectos econômicos e sociais que devem estar presentes naprestação dos serviços públicos de saneamento básico, que "terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços", como aponta o art. 29.

Por fim, conforme exposto resumidamente, os apontamentos relevantes trazidos no presente trabalho sobre as di-

retrizes nacionais de saneamento básico, dispostas na Lei nº 11.445/2007, revela-nos que a existência de inovação, mas também de lacunas que merecem e precisam ser preenchidas pela atuação política e governamental no país.

3. A TEORIA TRANSDISCIPLINAR APLICADA AO ENTENDIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

Consoante Francisco J. P. y L. Madrid*et al.*, as ciências e, consequentemente, a tecnologia atingiram seu atual estágio de desenvolvimento graças a análises e práticas reducionistas cartesianas, fragmentadas em disciplinas, que moldaram uma percepção seletiva de problemas, culminando na diversificada divisão e especialização das áreas do conhecimento (MADRID *et al.*, 2015, p. 3).

Em abordagem detalhada dessa evolução científica a partir da visão do mundo cartesiana, Fritjof Capra (1982) apud Madrid *et. al.* (2015, p. 3) destacou que "as diversas metodologias reducionistas geraram enormes avanços na física, biologia e medicina, evidenciando, contudo, a nova necessidade de transformação dessa abordagem, por meio de uma retomada de uma visão sistêmica capaz de remoldar os paradigmas estabelecidos na ciência moderna".

Conforme Álisson José Maia Melo, como contradição ao pensamento científico cartesiano, patrocinado pelo paradigma da simplificação e galgado na separação e especialização das ciências para a obtenção de resultados mais detalhados (MELO, s/d, p. 11), o paradigma da complexidade propõe uma visão multifacetária do conhecimento, de modo a interligar as partes. Sem também ficar adstrito à noção sistêmica, o pensamento complexo implica levar em consideração as caracte-

rísticas que são particulares ao todo sem prejuízo de levar em conta os detalhes específicos das partes (MELO, s/d, p. 11).

> Sob essa perspectiva, merece destaque o enfoque dado à questão ambiental a partir das teorias gaianistas e pachamamistas. A aplicação do pensamento complexo nesse assunto leva à formulação de reflexões a respeito da posição do ser humano em relação à própria Terra, seja enquanto planeta, seja na perspectiva da natureza, da qual teve sua origem e, por conseguinte, da qual nunca poderá se dissociar (MELO, s/d, p. 11).

O referido autor ensina que as condutas adotadas pelo homem diante da natureza acarretam consequências no próprio meio ambiente, alterando assim a condição de sobrevivência humana. Embora tenha assumido para si uma posição de supremacia sobre toda a fauna e flora, não pode esquecer que possui uma essência animal, ligada ao sistema ambiental em que vive. Assim, o ser humano deve proceder a uma tomada de consciência de sua relação com a Terra para que proponha mudanças culturais na forma de se relacionar com ela (MELO, s/d, p. 11).

Colocadas essas premissas, sustenta-se que o pensamento complexo pode trazer efetiva contribuição para a implementação do direito fundamental ao saneamento básico, uma vez que essa questão envolve variáveis localizadas em diversos níveis de funcionamento.

Embora com ela não se confunda, o pensamento complexo guarda íntima relação com a transdisciplinaridade. O pensamento transdisciplinar tem como base de argumentação a ideia de que os universos disciplinares podem ser transcendidos de forma a caminhar para uma visão mais complexa do mundo, ultrapassando o modo fragmentado de estudo da

realidade. A teoria da transdisciplinaridade propõe o diálogo entre as diversas lógicas de produção do conhecimento sem que nenhuma forma seja negada, mas sim somadas suas pertinências (MATULJA, 2009, p. 30).

> Então a questão não é dialética, em que uma forma supera a outra forma, e sim dialógica, em que as formas dialogam em suas diferentes lógicas, reconhecendo a importância e a legitimidade de cada uma delas (PALAVIZINI, 2006, p. 76).

O pilar da teoria da complexidade fundamenta a transdisciplinaridade, oferecendo à ciência a oportunidade do olhar multidimensional do espaço tempo em substituição do olhar apenas simplificador.

> O olhar complexo surge como uma revolução nos universos disciplinares e nas áreas do conhecimento, revelando a realidade como dois lados de um bastão, onde de um lado está a simplicidade e do outro a complexidade [...] (PALAVIZINI, 2006, p. 84).

A teoria transdisciplinar fundamenta a necessidade de uma nova abordagem e uma nova atitude para superação dos problemas enfrentados pelo setor de saneamento básico.

Posiciona-se no mesmo sentido de Rita Silvana Santana dos Santos, para quem a complexidade do saneamento básico requer mais que cooperação e a integração das diversas ciências precisam de abertura, diálogo e rigor, entre as ciências e entre essas e os outros saberes. É necessário que haja uma mudança mais profunda que vá à raiz da questão, objetivando o reconhecimento da interdependência entre todas as áreas do saber e da realidade, e favoreça uma nova forma

de produzir conhecimento. O conhecimento tecnológico produzido pelas ciências não é suficiente para superar a crise planetária e resolver os problemas ambientais é uma necessidade. Também se faz necessário reconhecer que a superação das fronteiras disciplinares requer um trabalho cooperado e solidário, envolvendo a produção coletiva de conhecimentos e a valorização dos diferentes saberes (SANTOS, 2004).

A efetividade de um plano de saneamento básico ou projeto deve considerar as diversas dimensões da realidade, ainda que trabalhe com ênfase apenas em uma delas, bem como reconhecer os diferentes enfoques sobre a questão. Para tanto, é preciso que o setor, ao trazer os conhecimentos específicos de saneamento e de suas respectivas áreas de atuação, consiga estar aberto para dialogar com outros setores e valorize os saberes das pessoas que constituem as comunidades com as quais irá atuar para a busca de soluções.

Vale destacar que o pleno conhecimento, envolvimento e participação da população na escolha e aplicação de sistemas de tratamento de esgoto e resíduos sólidos são fatores essenciais para o seu funcionamento adequado (MADRID *et al.*, 2015, p. 2). Se houver participação popular no processo de escolha do sistema e se ela for envolvida no seu manejo, as chances dele ser efetivo é muito grande. Para os referidos autores, a tecnologia mais apropriada é aquela que é economicamente viável, ambientalmente sustentável e socialmente aceita. Seria, portanto, imprescindível uma abordagem transdisciplinar para a questão.

Essa concepção de uma visão mais global, uma visão holística, proporciona o enfoque integrado dos elementos envoltos em um determinado contexto, permite justamente o reconhecimento da complexidade da realidade e da transdisciplinaridade dos aspectos sociais, ambientais e culturais envolvidos, postura intrínseca para a compreensão de uma problemática em sua integralidade, o aprimoramento e forta-

lecimentoda visão de que os beneficiários do saneamento básico são os principais indivíduos envolvidos na problemática, podendo ser considerada como principal ferramenta de estímulo à participação e envolvimento social (SANTOS, 2004).

Torna-se necessário e urgente o setor caminhar fundamentando-se no pensamento complexo e na transdisciplinaridade, desde o planejamento, como a construção de Planos de Saneamento Básico e do Plano Nacional de Saneamento, para romper a tendência do setor de continuar praticando a interdisciplinaridade ou multidisciplinaridade, passando de um "ciclo vicioso" do saneamento básico para construir efetivamente o novo caminho, o do "ciclo virtuoso" do saneamento básico, garantindo universalização do acesso (COSTA, 2010, p. 264).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se analisou, o direito à saúde é direito social e se estende ao conceito de bem-estar físico, mental, social e à integração ao meio ambiente e à sociedade, bem como à capacidade de exercício de direitos individuais. Não se pode olvidar o papel imprescindível que o saneamento básico representa para a consagração do mencionado direito, visto que constitui um dos mais importantes meios de prevenção de doenças.

Considera-se saneamento básico a rede de serviços públicos, que além de serviço essencial para a população, deve ser reconhecida como elemento integrante da dignidade da pessoa humana, sendo fundamental ao desenvolvimento do ser humano e ao bem-estar existencial.

Verifica-se que quanto ao conflito de competência, os municípios, pelo critério de interesse local, acabam tendo a maior responsabilidade na efetivação e adequação na prestação de serviços relativos ao saneamento básico. Já os Estados, figuram no pólo competente no caso das regiões metropolitanas

e o a União faz o seu papel de gestora na manutenção ao estabelecer as diretrizes nacionais sobre o tema.

Quanto às diretrizes nacionais de saneamento básico, a Lei 11.445/2007 foi precursora na solidificação da base para fundamentar e estruturar a temática nas vias políticas. Nota-se que a intenção do legislador é de proporcionar a segurança jurídica para que continuamente sejam realizados mais investimentos públicos e privados na prestação dos serviços de saneamento básico, de acordo com Raphael de Cunto e Julia Peixoto de Arruda (2007, s/p).

Tendo como base o relatório "Governance dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental" (2015, p. 39), o sistema brasileiro de saneamento básico ainda está engatinhando, faz-se necessário um alinhamento governamental e legislativo para realizarem investimento em tecnologia, planejamento na execução dos serviços de saneamento, bem como uma inserção direta de educação ambiental, visando estimular a população e as empresas a se conscientizarem.

Portanto, é fundamental reconhecer o direito ao saneamento básico e integrá-lo ao rol dos direitos fundamentais sociais, concretizando-o de modo universal. Ao final da pesquisa, restou cumprido o seu objetivo, qual seja, de fomentar o debate para a compreensão da solução do problema de aplicação prática do direito fundamental ao saneamento básico a partir de uma teoria transdisciplinar, reconhecendo a necessidade de atuação conjunta de todas as peças do problema, cada uma à sua própria maneira de ser e funcionar, é que se pode pensar na efetividade do direito fundamental ao saneamento básico como universal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Carlos. **Saneamento básico:** competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista

Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 11, Salvador: Bahia, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. “Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico”. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 02 out 2016.

___________. Relatório do estágio do projeto “governance dos serviços públicos de saneamento ambiental”. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.hydroaid.org/uploads/2/6/1/3/26130567/relat%C3%93rio_%C3%BAltima_revis%C3%A3o2.pdf>. Acesso em: 01 out 2016.

CARVALHO, Sonia Aparecida de; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. O direito fundamental ao saneamento básico como garantia do mínimo existencial social e ambiental. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, v. 8, nº 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5120195.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

COSTA, Bertoldo Silva. **Universalização do saneamento básico:** utopia ou realidade - a efetivação do capital social na política pública do saneamento básico. Tese (Doutorado). Florianópolis: UFSC, 2010. 301 p. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94690/282108.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 out. 2016.

CUNTO, Raphael; ARRUDA, Julia Peixoto. **Lei nº 11.445/2007**: marco regulatório do saneamento básico, 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI37603,-21048-Lei+n+11+445+2007+Marco+regulatorio+do+saneamento+basico>. Acesso em: 01 out 2016.

DAMASCENO, João Batista. Saneamento básico, dignidade da pessoa humana e realização dos valores fundamentais. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/17/desenvolvimento_sustentavel_38.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

DUARTE, Evangelina Castilho. **Afronta ao direito fundamental da criança à saúde pela deficiência de políticas públicas de saneamento básico**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/16/02/0F/66/CC98251018C44825DD4E08A8/Afrota%20ao%20direito%20fundamental%20da%20crianca.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

FAZZA, Ana Luiza Lima. **O papel do Judiciário frente às políticas sanitárias**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26153/o-papel-do-judiciario-frente-as-politicas-sanitarias/4>. Acesso em: 26 set. 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. rev., atual. eamp. São Paulo: Saraiva, 2008.

HESPANHOL, Ivanildo. Água e saneamento básico. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia (Orgs.). *Águas doces no Brasil*: capital ecológico, uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006. p. 269-323.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazari. **A universalização do serviço público de saneamento básico e a efetividade do direito fundamental à saúde**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 35, jan/jun, 2015.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; DUARTE, Francisco Carlos. A universalização do serviço público de saneamento básico e a efetividade do direito fundamental à saúde. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da**

UFC. v. 35.1, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/viewFile/1282/1761>. Acesso em: 26 set. 2016.

LEONETI, Alexandre Bevilacqua; PRADO, Eliana Leão do; OLIVEIRA, Sonia Valle Walter Borges de. Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro v. 45, pp. 331-48, mar./abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000200003>. Acesso em: 26 set. 2016.

MACEDO, Roberto. **País rico é país com saneamento adequado.** Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,pais-rico-e-pais-com-saneamento-adequado-imp-,868042>. Acesso em: 02 out 2016.

MADRID, Francisco J. P. y L.; FIGUEIREDO, Isabel C. S.; FERRÃO, André M. de A.;

TONETTI, Adriano L. **Metodologia de desenvolvimento eco-sistêmico aplicado ao paradigma do saneamento descentralizado**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/remoa/article/viewFile/16771/pdf>. Acesso em: 03 out. 2016.

MATULJA, Aline. **Construção de um termo de referência para o plano municipal de saneamento de Urubici/SC a partir de um modelo de governança**.Monografia (Graduação). Florianópolis: UFSC, 2009. 108 p. Disponível em: <http://www.gthidro.ufsc.br/arquivos/aline-matulja_tcc_peq.pdf>. Acesso em: 03 out. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 10ª ed., 1998.

MELO,Álisson José Maia. **O direito humano à água e ao saneamento básico e sua aplicação prática no Brasil: con-**

siderações sobre uma perspectiva a partir do paradigma da complexidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3937230de3c8041e>. Acesso em: 26 set. 2016.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O saneamento básico no Brasil: desafios e perspectivas sob o prisma do direito administrativo aplicado. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.). **Saneamento básico:** estudos e pareceres à luz da lei n° 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Simony Costa; VARGAS, Liliana Angel. Direito à saúde e saneamento básico na estratégia saúde da família no Complexo do Alemão. **Acta Scientiarum. Health Sciences**. Maringá, v. 32, n. 2, p. 127-134, 2010. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHealthSci/article/viewFile/7449/7449>. Acesso em: 26 set. 2016.

PEREIRA JR, José de Sena. **Aplicabilidade da Lei nº. 11.445/2007**: diretrizes nacionais para o saneamento básico. Câmara dos Deputados: Brasília, 2008.

ROCHA, Eduardo Venâncio. **Saneamento básico no Brasil:** perspectiva jurídica. Disponível em: <http://catolicadeanapolis.edu.br/revmagistro/wp-content/uploads/2013/05/SANEAMENTO-B%C3%81SICO-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

SANTOS, Rita Silvana Santana dos. Saneamento e educação ambiental: a experiência do programa Bahia azul nas escolas. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/87171/221528.pdf.txt?sequence=2>. Acesso em: 03 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a Constituição,

os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 1998.

A TUTELA DE SAÚDE E O DEBATE SOBRE OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO TEMA

Bernard dos Reis Alô

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, cabe analisar o arcabouço jurídico vigorante aplicável ao direito à saúde, com destaque para a incidência de determinados princípios. Historicamente, a ideia de saúde como direito de todos e dever do Estado é relativamente recente. Durante largo espaço de tempo, até o início do século XX, a saúde foi vista como uma discricionariedade do Estado. Este apenas intervinha na saúde da população em hipóteses excepcionais e, em regra, com posturas autoritárias.

Como exemplo de tal assertiva, se pode aduzir a denominada "Revolta da Vacina", capítulo da história brasileira, ocorrido em 1904, em que foi imposta a vacinação obrigatória contra a varíola. Freitag (2009) pontua que a principal causa do movimento popular foi a reação da grande maioria da população, formada por pessoas pobres e desinformadas, desconhecedoras do funcionamento de uma vacina e de seus efeitos positivos, contra o autoritarismo estatal, que já vinha se manifestando anteriormente na "Reforma Passos", movimento de reforma urbanística no Rio de Janeiro com caráter gentrificante.

Na "Era Vargas", houve a transmudação da natureza do direito à saúde, abandonando o caráter exclusivamente caritativo e assumindo a noção de um serviço decorrente do vínculo empregatício. Todo trabalhador formal passou a ter acesso aos serviços de saúde pública, enquanto aqueles desempregados ou na informalidade restavam alijados do sistema e dependentes das instituições de beneficência. Portanto, nesse período, não há que se falar em universalização do direito.

Na década de 70, no país, surgem os primeiros planos privados de saúde. Assim, a saúde passa a ser vista não apenas como um serviço decorrente do vínculo empregatício ou uma ideia de favor estatal para o "não trabalhador", mas também como um bem de consumo.

Apenas na Constituição de 1988 nasce a universalização do direito à saúde, como podemos ver no art. 196. Sobre o dispositivo citado, vale registrar que sua constitucionalização, notadamente a questão do acesso universal à saúde pública, possui íntima relação com a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986. A Lei Maior cristalizou algumas demandas do chamado "Movimento de Reforma Sanitária", como equidade no acesso, preocupação com o respeito à dignidade do usuário e ampla participação popular na gestão. Em síntese, a Conferência trouxe o foco da integralidade para a prestação de saúde pública, sendo esta uma questão biopsicossocial, na qual o indivíduo é sujeito de direitos, não mero objeto do tratamento.

Analisando detidamente o relatório final da Conferência, resta patente que o direito à saúde, estampado na Constituição de 1988, é fruto de forte reivindicação da sociedade civil. Ocorre que tal direito, não obstante sua relevância social, desde 1988, vem atravessando diferentes interpretações, principalmente através da incidência de princípios hermenêuticos tendentes à sua restrição, que serão objeto de análise no presente estudo.

1. DIREITO À SAÚDE – DITAMES CONSTITUCIONAIS

O principal dispositivo aplicável ao tema, qual seja, o art. 196, da CRFB/88, tem sua relevância marcada pela defesa da amplitude do direito à saúde, afirmando o acesso universal e igualitário. Consolidou-se a jurisprudência do STF, no sentido de que, embora o art. 196, da Lei Maior, traga norma de caráter programático, os entes federativos não podem se furtar do dever solidário de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos.

Em seguida, o art. 197, da CRFB/88, reafirma a pluralidade de atores envolvidos no tema, não ficando restrito apenas aos entes da Administração Direta, abrangendo órgãos reguladores, como, por exemplo, a Agência Nacional de Saúde, e a própria iniciativa privada.

Os artigos devem ser interpretados, obrigatoriamente, à luz dos princípios constitucionais elencados no art. 198, da CRFB/88. Diz o texto constitucional, no *caput*, que a lógica do sistema deve ser pautada pela regionalização e hierarquização. Nesta perspectiva, região de saúde pode ser entendida como a divisão territorial onde está organizado um conjunto de ações e serviços de saúde. Regionalizar seria, então, o ato de organizar este conjunto, pressupondo o objetivo de que regiões mais carentes do país recebam mais recursos. Por sua vez, o vocábulo hierarquizar, na ideia do constituinte, não está atrelado à noção de subordinação. Não há ascendência de um ente federativo sobre o outro, mas sim uma racionalização do sistema, com repartição de responsabilidades, de acordo com a complexidade do serviço de saúde a ser prestado. Todas as questões seriam trabalhadas dentro de um "sistema único", o que deveria significar um sistema marcado pela intensa comunicação entre todos os órgãos prestadores de serviço e entre todos os níveis de participação institucional.

No primeiro inciso, estipula o constituinte o princípio da descentralização. Tal conceito não se limita a questões meramente administrativas. Ao pregar a descentralização do sistema, há clara preocupação da Lei Maior com a proximidade que deve existir entre a população e os serviços de saúde, buscando garantir não apenas eficiência e qualidade na prestação, mas também fiscalização e controle por parte da sociedade. O segundo inciso aborda o princípio da integralidade, segundo o qual o atendimento prestado no sistema público de saúde não deve seguir a busca prioritária de lucro, tendo como foco um atendimento de caráter humanitário e holístico, no qual o enfermo participe ativamente do processo de cura. Por fim, o terceiro inciso aborda a importância da participação da comunidade. Ao optar politicamente pelo termo comunidade, o constituinte deixa clara sua intenção de aproximar o cidadão das políticas de saúde. Comunidade, diferente de sociedade, traz conotação localista, no sentido de que cada polo de saúde pública deve ser diretamente influenciado pela coletividade que o cerca.

Último princípio merecedor de destaque diz respeito à equidade do custeio (art. 194, V, da CRFB/88). O critério de distribuição de recursos do SUS deve ser sensível às diferenças regionais, sempre seguindo a lógica da igualdade material. Regiões economicamente mais desenvolvidas participam mais ativamente do custeio, a fim de suprir carências das regiões menos desenvolvidas, garantindo a mesma qualidade do serviço em todo território.

O art. 200, da Constituição, estipula as competências básicas do SUS, as quais demandam regulamentação pela legislação ordinária. Neste ponto, abriremos espaço para a análise das normas infraconstitucionais. Antes, contudo, observaremos as normas internacionais relativas ao tema.

2. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, mas, somente foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 1992.

O direito à saúde está previsto no artigo 12, do Pacto. Este foi detalhado pela Observação Geral nº 14, expedida durante o 22º período de sessões do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, no ano de 2000. Interessante registrar que o Comitê estabelece as ações mínimas que os Estados devem cumprir. Nesse sentido, se afirma que os Estados devem garantir, por exemplo, a atenção à saúde, em particular estabelecendo programas de imunização contra as principais enfermidades infecciosas, e velar pelo acesso igual a todos os fatores determinantes básicos da saúde, como alimentos nutritivos e água potável, serviços básicos de saneamento e condições de vida adequadas. Outras obrigações incluem o estabelecimento de um sistema de seguro de saúde público, privado ou misto que seja acessível a todos, o fomento das investigações médicas e a educação em matéria de saúde (parágrafo 36, da Observação Geral) (CARBONELL, 2008). Assim, a Organização das Nações Unidas fixa as ações e políticas públicas mínimas que devem ser elaboradas e executadas pelos Estados.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de São Salvador", foi concluído em 1988, em El Salvador, e foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 1999. O direito à saúde está previsto no art. 10, do Protocolo.

Debate interessante sobre os diplomas em questão diz respeito à sua inclusão no denominado bloco de constitucionalidade. A noção de bloco de constitucionalidade surgiu na França, em meados do século passado, na obra de Favoreu (1990), que conceituou bloco de constitucionalidade como conjunto de normas situadas no nível constitucional. Como pontua Carpio (2005), Louis Favoreu foi pioneiro no desenvolvimento do conceito de bloco de constitucionalidade na França. O autor retomou a categoria do bloco de legalidade do direito administrativo de seu país, aplicando-o ao direito constitucional, ao analisar o alcance do preâmbulo da Constituição Francesa de 1958, concluindo que o Conselho Constitucional Francês deve tomar como parâmetro para o controle de constitucionalidade não apenas normas formalmente constitucionais, mas sim um bloco de constitucionalidade.

O próprio Carpio (2005) etiqueta o bloco de constitucionalidade como o conjunto de textos de nível constitucional, suficientemente harmonioso e coerente, na medida em que a verdadeira Constituição francesa se apresentava como portadora de uma dupla declaração de direitos, os quais se encontravam repartidos entre a declaração de 1789, o preâmbulo de 1946 e a Constituição de 1958, complementados pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

Na jurisprudência francesa, o bloco de constitucionalidade foi reconhecido pela decisão nº 71-44 DC, de 1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação. Seguindo Favoreu, a Corte consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa, somando-se remissão à Carta do Meio Ambiente, todos, agora, fazendo parte do bloco de constitucionalidade.

A partir do reconhecimento do bloco de constitucionalidade, tem-se a chamada "Constituição material" aplicada ao controle. É dizer, o parâmetro de aferição da constitucionalidade de leis e atos normativos não seria a Constituição formal, todas as normas previstas no texto da Lei Maior, mesmo que não versem sobre matérias dignas de ostentarem tal hierarquia jurídica, mas sim a Constituição material, normas cuja matéria é própria de textos constitucionais, mesmo que previstas em diplomas inferiores. Moraes (2004) aponta como normas materialmente constitucionais aquelas que abordam divisão do poder político, direitos, garantias e remédios constitucionais.

No direito comparado, há clara tendência de alargamento da parametricidade constitucional através do bloco de constitucionalidade. O Panamá foi o primeiro país da América Latina a introduzir em sua jurisprudência tal conceito (GÓNGORA MERA, 2014). Em 1990, com base no artigo 4º, da Constituição do Panamá, que simplesmente declara que "a República do Panamá acata as normas de direito internacional", a Corte Suprema daquele país reconheceu hierarquia constitucional a alguns tratados internacionais.

A Corte Constitucional colombiana (ARANGO OLAYA, 2004) assinalou que é possível distinguir dois sentidos distintos do conceito de bloco de constitucionalidade. O primeiro, em sentido estrito, formado por princípios e normas normativamente integrados à Constituição por diversas vias e por mandamento expresso da Carta constitucional, como os tratados de direitos humanos. O segundo, em sentido amplo, se refere àquelas disposições que tem densidade normativa superior às leis ordinárias, ainda que às vezes não tenham nível constitucional, mas que serviriam como referencial necessário para criação de outras leis e para o controle de constitucionalidade.

No Brasil, o conceito já foi expressamente suscitado pela Corte Suprema, em sede de controle concentrado, pelo menos

em duas ocasiões. Nas ADIs n° 595 e 514, se ponderou que o elemento conceitual, imprescindível ao controle de constitucionalidade, pode ser aferido de duas formas. Uma restritiva, na qual o parâmetro de controle seria apenas as normas e princípios expressos na constituição escrita e positivada; e outra ampliativa, que englobaria tanto as normas formalmente constitucionais, como também os princípios não inscritos na ordem constitucional global e ainda os valores supranacionais.

No RE 466.343, quer versava sobre a prisão civil do depositário infiel, a Corte sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de Direitos Humanos, inspirados pelo § 3º, do art. 5º, da CRFB/88, introduzido pela EC 45/04. A nova posição do STF sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CRFB/88, têm natureza supralegal, abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei. Esta corrente admite, contudo, que tais tratados tenham estatuto constitucional, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do parágrafo 3º, do art. 5º. Após a decisão do RE nº 466.343, se afirma que, a partir do estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos, para os tratados aprovados pelo rito especial, temos um "bloco de constitucionalidade" composto pelas normas da Constituição e ainda as normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Por sua vez, os tratados de Direitos Humanos aprovados antes da Emenda nº 45 seriam dotados apenas do atributo da supralegalidade (RAMOS, 2009).

Portanto, os tratados acima citados, relativos ao direito à saúde, aprovados sem o rito especial do art. 5º, §3º, da CRFB/88, não comporiam, pelo menos na visão momentânea do STF, o bloco de constitucionalidade pátrio, admitindo-se apenas sua supralegalidade. No presente estudo, contudo, propomos, com

fundamento em especializada doutrina (?), uma nova leitura do bloco de constitucionalidade no direito brasileiro, abrangendo todos tratados que versem sobre direitos humanos.

Cançado Trindade (2007) critica severamente a falta de universalidade dos tratados de direitos humanos, chamando de "bisonha e patética" a solução encontrada pela EC nº 45. Afirma que esta representaria um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988. Prossegue o autor, afirmando que este "retrocesso provinciano" põe em risco a indivisibilidade dos direitos protegidos nos tratados, ameaçando-os de fragmentação.

Piovesan (2011) pondera que o art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988, atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, apresentando aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável).

Pelo exposto, se questiona o posicionamento adotado pelo STF, advogando a tese de que os Tratados Internacionais relativos ao direito sanitário ostentam patamar constitucional, havendo consenso internacional no sentido do direito à saúde pública de qualidade.

3. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Além da Constituição Federal e do ordenamento internacional, podemos suscitar leis ordinárias que estruturam o direito à

saúde. Concentraremos esforços na análise das Leis nº 8.080/90 e 8.142/90, que regulamentam, respectivamente, o Sistema Único de Saúde e os Conselhos e Conferências de Saúde, tendo em vista constituírem a base normativa da saúde pública brasileira.

A Lei nº 8.142/90 regula os espaços oficiais de participação da sociedade civil na política pública de saúde. Os tipos institucionais de participação social pressupõem uma tripla dimensão do direito à saúde. Os dois primeiros dimensionamentos, de fácil compreensão pela observância das normas já citadas ao longo do trabalho, dizem respeito à saúde como direito individual e social, que exigem do Estado prestações positivas em favor dos indivíduos. A terceira dimensão, por seu turno, considera a saúde sob o prisma do direito de participação, ou seja, o direito que todo indivíduo possui de participar da definição de rumos da política pública. Em síntese, considera-se tal participação como mecanismo inerente à realização da cidadania e "pedra fundamental" do SUS, desde a sua origem (VICTORA; BARRETO; LEAL; MONTEIRO; SCHMIDT; PAIM, 2011).

A Lei prevê, em seu bojo, dois tipos institucionais básicos, quais sejam, as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde (art. 1º). Cabe destacar que, para o presente perfil do direito à saúde, principalmente no patamar constitucional, em especial sobre a democratização do sistema, como já citado, foi fulcral a histórica 8ª Conferência Nacional de Saúde, cujo relatório final serviu como subsídio para os constituintes elaborarem o artigo 196, da Constituição da República.

No que tange aos Conselhos de Saúde, institucionalizados pela Lei nº 8.142/90, estes foram organizados, como vemos logo no art. 1º, pelo legislador ordinário em todos os entes da Federação, sendo clara a intenção de estímulo ao diálogo entre os diferentes níveis governamentais, ante a previsão de que o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Con-

selho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde. Os Conselhos apresentam caráter permanente e deliberativo, podendo debater, inclusive, questões financeiras, e representação paritária dos usuários do sistema em relação aos demais segmentos.

Essa busca pela interação entre entes restou ainda mais evidente com o advento da Lei nº 12.466/11, que acrescentou os arts. 14-A e 14-B, à Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e instituiu as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). A Comissão Intergestores Bipartite (ou CIB) é composta por gestores dos Estados (Secretários Estaduais de Saúde) e por gestores dos municípios (Conselho dos secretários municipais de saúde – Cosems). A Comissão Intergestores Tripartite (ou CIT) é composta pelo gestor nacional (Ministério da Saúde - MS), por gestores estaduais (Conselho nacional de secretários de saúde – Conass) e por gestores municipais (Conselho nacional de secretários municipais de saúde – Conasems).

A Lei nº 8.080/90 regula o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, distritais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constituindo o chamado Sistema Único de Saúde (SUS). O diploma detalha a previsão constitucional, partindo de questões mais gerais e abstratas, como princípios (art. 7º) e critérios de equidade do custeio (art. 35), até pontos mais específicos, como, por exemplo, os subsistemas de atenção à saúde indígena (arts. 19-A a 19-H).

Não obstante a riqueza de serviços previstos na legislação, o direito à saúde enfrenta, na realidade fática, sérios obstáculos à sua efetivação. Não raro, verifica-se nos noticiários histó-

rias sobre falta de verba, problemas na prestação de serviços e judicialização da política sanitária. Assim, se faz necessário discutir a efetivação desse direito fundamental, ou, nas palavras de Erlich (1986), mister debater se o direito à saúde do pano normativo está se transformando em direito vivo.

4. O ENTENDIMENTO DO JUDICIÁRIO SOBRE A TUTELA DE SAÚDE E O DEBATE SOBRE OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO TEMA

O Judiciário, em regra, tem adotado posição garantista na tutela de saúde (TORRES, 2008). A jurisprudência do STF é fartamente favorável à condenação solidária dos entes federativos ao fornecimento de medicamentos e tratamentos em geral. Contudo, tal postura ativa encontra severos críticos, principalmente entre os defensores da Fazenda Pública. Estes advogam que deve haver prudência no manejo de recursos públicos, garantindo a sustentabilidade financeira do sistema. Em geral, tais críticas giram em torno de alguns princípios básicos, que serão aqui estudados.

De maneira mais abrangente, se coloca como óbice às tutelas individuais de saúde a ideia abstrata de supremacia do interesse público. Isto é, postulações individuais colocariam em risco a universalidade do sistema de saúde, devendo prevalecer a política pública estabelecida, representativa do interesse público, sobre a assistência a determinado cidadão. Na prática, trabalha-se, embora tal assertiva seja duramente criticada por parte da doutrina (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2014), com a supremacia do interesse público como verdadeira cláusula geral de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, sem se considerar que os direitos fundamentais são, na verdade, indissociáveis de qualquer conceituação de interesse público.

Nessa senda, consideramos acertada a lição de Schier (2011), ao estipular a inexistência de tal cláusula geral. Os direitos fundamentais não são concessões estatais e tão pouco podem ser vistos como resíduos de direito, que só se afirmariam quando ausentes interesses "mais nobres", quais sejam, os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais "privados", como a saúde, integram a própria noção de interesse público. Ademais, Sarmento (2012) coloca, em raciocínio similar ao de Ávila (2010), que, diante do conflito entre direitos fundamentais e interesses públicos de envergadura constitucional, haveria uma precedência *prima facie* dos primeiros. Eventual vitória do interesse público decorreria apenas de análise parametrizada pelo princípio da proporcionalidade.

Ao pormenorizar a supremacia do interesse público, é comum se fazer alusão a dois princípios mais específicos, quais sejam, o da reserva do possível e do mínimo existencial.

A expressão "reserva do possível" foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972, em decisão na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera, nos anos de 1969 e 1970 (TORRES, 2009). Esta se atrelaria à noção de insuficiência de recursos estatais como forma de evitar o cumprimento dos direitos sociais. Estar-se-ia diante de escusa genérica dos entes estatais para não concretizar prestações positivas.

Sarlet e Figueiredo (2008) indicam que o princípio teria uma dimensão tríplice. A uma, a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais. A duas, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislati-

vas e administrativas, entre outras e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo. A três, já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

É forte o entendimento de que a reserva do possível é uma defesa estatal legítima para os casos de litígios de direito público, especialmente quando o pedido e a decisão beneficiarem determinado particular, de forma imediata e isolada. Afinal, ponderam autores como Lopes (2008), se o Judiciário concedesse a um em particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros, pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar a ele.

A reserva do possível seria, portanto, a justificativa para a limitação dos direitos prestacionais apenas ao denominado mínimo existencial. Apesar de estarmos diante de um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo é variável, de acordo com o intérprete, apenas a título ilustrativo, nos valemos da jurisprudência do STF, ao refletir que o mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos.

Interessante observar como, na prática brasileira, a aplicabilidade da ideia de mínimo existencial escapa de sua ideia original. A noção de mínimo existencial deita raízes no direito alemão. Considerando que a Constituição alemã não possui um rol extenso de direitos sociais, os constitucionalistas, ao

lado do Tribunal Constitucional alemão, se dedicaram na reflexão de quais seriam os direitos mínimos a serem assegurados pelo Estado alemão aos seus cidadãos, afirmando existir "ao menos um direito fundamental social não escrito", ao sustentar "a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial" (ALEXY, 2008). Assim, pelo raciocínio estrangeiro, o Estado deveria, no mínimo, prover o mínimo, desde logo pedindo escusas pelo jogo de palavras. Contudo, no território pátrio, o que se verifica é uma interpretação estatal, no sentido de que a Administração Pública deveria prover apenas o mínimo, escapando da responsabilidade governamental qualquer prestação acima de tal limite, pois violadora da reserva do possível.

Não se verifica a reserva do possível como óbice indiscutível à efetivação judicial do direito à saúde. Nesse ponto, seguimos a linha de pensamento de Perlingeiro (2014), ao afirmar que a reserva do possível apenas limitaria os direitos sociais ao mínimo existencial, quando estivermos diante de prestações que se originam diretamente da Constituição, isto é, sem qualquer previsão legal. Por outro lado, direitos que, em última análise, derivam não apenas da Constituição, mas estão detalhados na legislação infraconstitucional, não se submetem a tal restrição. Isso porque, ao estipular a disponibilidade de um determinado serviço de saúde, o legislador, cumprindo o art. 195, § 5º, da CRFB/88, já determina previamente sua fonte de custeio. A reserva do possível apenas seria suscitável, portanto, quando, além da falta de orçamento, inexistisse lei lastreando o benefício social desejado. Não se cogitaria da reserva do possível em face de um mínimo existencial ou de direitos sociais derivados da lei. Eventual ausência de fluxo de caixa não apaga a existência do direito subjetivo, sendo uma impossibilidade fática que deve ser sanada através do direito processual, como, por exemplo, com o bloqueio de verbas.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou detalhar o atual panorama do direito à saúde no ordenamento pátrio, com destaque para a discussão sobre determinados princípios que, em tese, limitariam o dispositivo constitucional.

Após demonstrar a farta regulação existente sobre o direito à saúde, desde seu aspecto constitucional até a legislação ordinária, passando necessariamente pelos tratados internacionais que, não obstante atual posicionamento do STF, integram o bloco de constitucionalidade brasileiro, suscitou-se a discussão principiológica sobre o tema, abordando, em síntese, a ideia de interesse público, reserva do possível e mínimo existencial.

Nesse ponto, destacou-se que a citação abstrata do interesse público como limitador da tutela de saúde não pode prosperar, até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais "privados" integrarem a essência de tal conceito. Aprofundando a análise, observou-se que princípios mais específicos, como reserva do possível e mínimo existencial apenas seriam alegáveis no que toca a direitos previstos constitucionalmente, mas sem regulamentação legal. Havendo legislação sobre o tema, conforme art. 195, § 5º, da CRFB/88, tais princípios seriam inaplicáveis em relação ao direito à saúde.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARANGO OLAYA, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular." In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o

princípio de supremacia do interesse público. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 564031/SP – São Paulo. Relator: Ministra Carmen Lucia. Julgado em: 30 abr. 2007.

CARBONELL, Miguel. El derecho a La salud em El derecho internacional de los derechos humanos: las observaciones generales de la ONU. Revista da Defensoria Pública. São Paulo, ano 1. n. 1. jul/dez, 2008.

CARPIO MARCOS, Edgar, “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”, em Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, 2005, disponível em http://dialnet.unirioja.es/servlet/ articulo?codigo=2530938.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 05/12/2016.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/14cns/historias.html. Acesso em 08 de dezembro de 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin4por.pdf. Acesso em 25 de outubro de 2016.

EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, ISSN 0214-6185, Nº. 5, 1990.

FREITAG, Barbara. Capitais Migrantes e Poderes Peregrinos: O Caso do Rio de Janeiro. Campinas, SP: Ed. Papirus, 2009.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo (2014). "La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en La Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la Construcción del Jus Constitutionale Commune Latinoamericano". En: Jus Constitutionale Commune en America Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafios, México: UNAM. P. 308.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Em torno da reserva do possível", in: Ingo Sarlet e Luciano Timm. Direitos Fundamentais, Orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. Direito constitucional. Teoria da constituição. 2 ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2004.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinho de. "Uma análise da tese desconstrutivista da supremacia do interesse público sobre o particular". In: COUTINHO; Ana Luisa Celino; CALDAS, Roberto Gomes; KNOERR, Fernando Gustavo. (Org.). Direito e Administração Pública I. 1aed. Florianópolis: CONPEDI/UFPB, 2014, v. 1, disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af3632b9be2c1cf9.

PERLINGEIRO, Ricardo. A reserva do possível constitui-se em um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?. Estud. Socio-Juríd [online]. 2014, vol.16, n.2, pp. 181-212. ISSN 0124-0579. http://dx.doi.org/10.12804/esj16.02.2014.06.

PIOVESAN, F.. Tratados internacionais de direitos humanos: jurisprudência do STF. In: Sidney Guerra e Lilian Balmant Emerique (org.). (Org.). Perspectivas Constitucionais Contemporâneas. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 131-156.

RAMOS, A. C. (2009). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 104, pp. 241 - 286 jan./dez. Disponível em < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465 > . Acesso em 03 de dezembro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. "Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais", in: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2011, n. 26, disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-26-maio-2011-paulo-schier.pdf> . Acesso em 15 de dezembro de 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. "O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária", in: Ingo Sarlet e Luciano Timm. Direitos Fundamentais, Orçamento e 'reserva do possível'. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_______. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. Brasília: Funag, 2007, p.207-321.

VICTORA CG, BARRETO ML, LEAL MC, MONTEIRO CA, SCHMIDT MI, PAIM J, et al. Condições de saúde e inovações nas políticas de saúde no Brasil: o caminho a percorrer. Lancet. 2011;Supl Saúde no Brasil 6:90-102. DOI:10.1016/S0140-6736(11)60055-X.

“CASOS BOLSONARO”: LIBERDADE PARA IDEIAS QUE ODIAMOS

Bruno Almeida de Oliveira

INTRODUÇÃO

Cuida-se de pesquisa bibliográfica documental inserida na grande área direito constitucional, tema liberdade de expressão, dividido em quatro itens, “casos Bolsonaro” (item 1), liberdade para as ideias que odiamos (item 2), liberdades e liberdades (item 3), subitens liberdade de expressão (item 3.1) e correlatos limites (item 3.2), e, por fim, a conclusão (item 4).

O objetivo geral é ofertar válida resposta ao problema da pesquisa: a liberdade de expressão tutela os discursos feitos nos “casos Bolsonaro”? A hipótese é a resposta negativa.

O primeiro item versa sobre falas públicas do deputado federal Jair Bolsonaro, mote argumentativo deste trabalho, idealizado com a finalidade de ressaltar tensões do tema na “law in action”, proceder apreciável em pesquisa jurídica (CARVALHO, 2013, p. 52).

O segundo item aborda uma grande diretriz da liberdade de expressão, que é a função de preservar a veiculação e a disseminação dos discursos, na maior amplitude possível, e não apenas daqueles queridos e populares. Ou, em outras

palavras, a necessidade de “liberdade para as ideias que odiamos”, título de conhecida obra de Antony Lewys.

O terceiro item tencionou caracterizar, em linhas gerais, o direito fundamental sob referência (item 3), suas principais características (item 3.1) e possíveis limites (tem 3.2).

No quarto, a conlusão, a par de todos os assuntos descortinados, houve ensejo para a retomada do problema da pesquisa e oferta de fundamentada resposta: a liberdade de expressão tutela um dos discursos feitos nos “casos Bolsonaro” (homenagem a Ustra). Confirmada em parte a hipótese, pelo que lá restou descrito.

1. “CASOS BOLSONARO”

Jair Messias Bolsonaro, ou “Jair Bolsonaro”, é capitão reformado do Exército Brasileiro, deputado federal reeleito sucessivamente desde 1991, período em que logrou a concretização de quatro proposições suas em normas jurídicas (BRASIL, 2017).

Atualmente, é filiado ao Partido Social Cristão – PSC (BRASIL, 2017) e cumpre o sétimo mandato, com encerramento previsto para 2019. Além, é “pré-candidato” às eleições presidenciais de 2018, consoante noticia a imprensa, fato por ele, contudo, negado (FOLHA, 2017).

Notoriamente, Bolsonaro é adepto de plataforma ideológico-política de “direita”, pavimentada em aguerrida aversão a temas sensíveis na sociedade brasileira atual, tais como negativa à redução da maioridade penal e legalizações do aborto e das drogas, ditos “valores” do partido político a que filiado (PSC, 2017).

Por certo, muitos seriam os fatos passíveis de serem ressaltados em relação a sua excelência, conhecido por manifestações polêmicas de “direita”, como parece mesmo se identificar (ESTADÃO, 2014), malgrado a falibilidade dessa rotulação (BOBBIO, 1995, p. 73 e ss.).

Dentre eles, cumpre pinçar dois, porquanto afinados ao tema deste estudo, além do que objeto de ampla divulgação pela imprensa (v.g, GLOBO, 2017; FOLHA, 2017). Fatos, portanto, notórios, notabilíssimos, e, aqui, “casos Bolsonaro”.

O primeiro é a homenagem por ele feita ao Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, ao proferir voto, na Câmara dos Deputados, no processo de admissão de “impeachment” da ex-presidente; o segundo, declaração à imprensa em que afirmou não merecer ser estuprada a deputada federal Maria do Rosário, porquanto feia.

Consoante se verá, tais pronunciamentos constituem verso e reverso de perspectivas sobre a finalidade de preservação da liberdade de expressão, e que, lateralmente, vão ao encontro de consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites dessa garantia fundamental em situações de choque com as denominadas imunidades materiais de deputados e senadores, nas esferas civil e penal, por palavras, opiniões e votos (CF, art. 53).

Mas, para que se chegue lá, essencial, por primeiro, alinhavar, em linhas gerais, os “casos Bolsonaro”, na medida em que interessarem, de imediato, ao desenvolvimento deste artigo.

Depois, ressaltados aspectos centrais da liberdade de expressão, haverá ensejo para responder ao problema da pesquisa, vale rememorar: a liberdade de expressão tutela os discursos feitos nos “casos Bolsonaro”?

1.1 “EU NÃO SOU ESTUPRADOR, MAS, SE FOSSE, NÃO IRIA ESTUPRAR, PORQUE [ELA] NÃO MERECE”

Os fatos doravante abordados foram objeto de acórdão proferido no Inquérito 3.392 e na Petição 5.243, relatado Ministro Luiz Fux, Supremo Tribunal Federal, com objeto condutas criminais, em tese, atribuídas a Jair Bolsonaro.

Em dezembro de 2014, declarara, em entrevista ao jornal Zero Hora, o seguinte sobre a deputada Maria do Rosário: "não merece porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar, porque [ela] não merece".

Sua defesa sustentou, dentre outros, imunidade parlamentar material, prevista no já citado art. 53 da Constituição Federal. Ressaltou, também, ter sido a suposta ofensa irrogada em recinto parlamentar, relacionada a assunto discutido pelos parlamentares naquela oportunidade, em clima de ânimos exaltados.

A conclusão do julgado, por maioria, foi recebimento da denúncia contra Jair Bolsonaro pela conduta, em tese, de incitação ao crime (CP, art. 286) e recebimento, em parte, da queixa-crime, apenas pela conduta, em tese, de injúria (CP, art. 140). Fatos, em suma, que o tornaram réu em processos-crime:

> PENAL. DENÚNCIA E QUEIXA-CRIME. INCITAÇÃO AO CRIME, INJÚRIA E CALÚNIA. TRANSAÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE PELO ACUSADO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. INCIDÊNCIA QUANTO ÀS PALAVRAS PROFERIDAS NO RECINTO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ENTREVISTA. AUSENTE CONEXÃO COM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUANTO AOS DELITOS DE INCITAÇÃO AO CRIME E DE INJÚRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E REJEIÇÃO PARCIAL DA QUEIXA-CRIME, QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA.

Mais do que os embates jurídicos sobre as limitações à imunidade parlamentar, quer-se acessar a problemática posta

pela contraface, isto é, a declaração de Jair Bolsonaro enquanto discurso passível, ou não, de tutela pela liberdade de expressão, no caso, rechaçada.

E, do que de pronto interessa, prosseguir este estudo com base numa linha especulativa: a liberdade de expressão é ancorada numa diretriz maior – adiante examinada; se vilipendiada, não há conduta passível de amparo, por mais nobre que seja, ainda que sob o pálio de imunidade parlamentar material, temática, aqui, "en passant", como referido.

1.2 "PELA MEMÓRIA DO CORONEL CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, O PAVOR DE DILMA ROUSSEF"

Em 17.04.16, ao proferir voto, na Câmara dos Deputados, em sessão destinada a verificar a admissão do processo de admissão de "impeachment" da ex-presidente, Jair Bolsonaro declarou:

> "Perderam em 64, perderam agora em 2016. Pela família, pela inocência das crianças em sala de aula, que o PT nunca teve, contra o comunismo, pela nossa liberdade, contra o Foro de São Paulo, pela memória do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff, pelo exército de Caxias, pelas Forças Armadas, pelo Brasil acima de tudo e por Deus acima de tudo, o meu voto é sim" (FORUM, 2017)

Essa afirmação ensejou a Representação n. 07/2016, feita pelo Partido Verde, no Conselho de Ética e Decoro da Câmara dos Deputados, com a finalidade a obtenção de sanção de perda de mandato, por quebra de decoro, sem sucesso, porém.

Isso porque, em 09.09.16, deu-se arquivamento do expediente, vencido o relator, que propunha o prosseguimento da representação; prevaleceu esmagadora maioria de nove votos, computada uma abstenção.

A tese vencedora foi baseada, em palavras outras, na precitada imunidade material, enfatizada no voto condutor proferido pelo deputado Marcos Rogério, por ele assim sintetizado em sessão.

> Na espécie, as declarações do representado apontadas pelo Partido Verde como abusivas foram feitas em plenário, no momento em que declarou seu voto favorável à admissibilidade do processo de impeachment da então Presidente Dilma Rousseff. Resta evidente, então, o nexo de causalidade entre o ato e o exercício da função parlamentar.
>
> Forçoso, portanto, concluir que a representação não merece prosperar, visto que não há que se falar em abuso das prerrogativas constitucionais quando as declarações dos Congressistas têm ligação com o exercício do mandato. Assim, o Parlamentar não pode ser responsabilizado por suas palavras e votos diante do livre exercício de sua opinião e posição política.
>
> Por todo o exposto, concluo que não há subsunção dos fatos narrados na peça inicial às normas do art. 55, inciso II, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, e do art. 4º, inciso I, do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.
>
> Assim, voto pela inadmissibilidade da Representação nº 7, de 2016, por falta de justa causa e ausência de tipicidade da conduta descrita na inicial.
>
> É o voto, de forma sucinta, que apresento, Sr. Presidente.

É dizer, tal discurso estaria amparado pela liberdade de expressão, reforçada pela imunidade material constitucional,

por palavras, opiniões e votos, conferida a deputados e senadores, nas esferas civil e penal.

Mesmo sendo Carlos Alberto Brilhante Ustra reconhecido torturador, à época em que comandara o DOI-CODI, consoante decidido na apelação n. 0347718-08.2009.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Então, no primeiro caso, não houve liberdade de expressão associada a imunidade material que o fosse que garantiu a Bolsonaro livrar-se, por ora, de responder a processo-crime pelas condutas referidas.

Mas, no segundo, o revés, admitida a homenagem ao Coronel Ustra, como decorrência daqueles postulados. E isso traz a baila o interesse de verificar o que, nos marcos da ciência jurídica, poderia autorizar tal disparidade, sempre, não se deslembre, com especial realce à liberdade de expressão, tema deste articulado.

2. DIRETRIZ MAIOR: LIBERDADE PARA AS IDEIAS QUE ODIAMOS

Stephen G. Breyer, um dos mais "Justices" prestigiados da Suprema Corte Americana, afirmou em "Conversation on the Constitution: Freedom of speech":

> Let's think of the worst possible racist, disgusting, terrible, troublemaking, awful things you can think of.
>
> What a about Hitler, for exemple, or worse?
>
> And there problably are worse.
>
> (...)
>
> In some European countries that say – two – I'll give you two.
>
> The first is, you cannot make racist remarks. Where the racist remark is likely to stir up racial hatred.

> Second, you cannot deny the holocaust. You know what I'm talking about.
>
> Ok. Now, those are two statutes in countries that believe in free speech, but they have those statutes. What's your view? Yeah?
>
> (...)
>
> **So you say you have to draw a line, you have to stick to the line. The line has to be that free speech is there not for people we like and not for people who have popular views, it's there for people we hate. It's there for the ones who are the most bigoted, terrible, awful, awful people we can think of.**
>
> **And it's there for them because If it isn't there for them, maybe someday it wouldn't be there for us. That's the argument. That's the argument. Well, that't the argument we've pretty much accepted here, pretty much accepted.**
>
> (g.n)

Como se vê, o "Justice" afirma que a razão de ser principal da liberdade da expressão não é assegurar discursos populares ou aqueles que são do gosto geral, ou"nosso" que o seja. Tem principal papel contramajoritário. Não existe para as ideias que apreciamos, mas para aquelas que odiamos(LEWIS, 2011).

Eis o crucial domínio da liberdade de expressão, sob o fio condutor proposto neste artigo. O plano de trabalho, adiante, será abordar em linhas gerais o que tal direito fundamental pode contemplar numa república com pretensão democrática, para, finalmente, ser enfrentado o problema, calha rememorar: a liberdade de expressão tutela os discursos feitos nos "casos Bolsonaro"?

3. LIBERDADES E LIBERDADES

A temática da liberdade de expressão guarda profundas raízes na história moderna norte-americana, seu nascedouro. A formulação singela da Primeira Emenda ("The Congress shall make no law ... abridging the freedoom of speech; ... or the right of the people peaceably to assemble"), ressoa na academia e nos espíritos como símbolo de um projeto de liberdade, de contenção do poder estatal.

Entretanto, um exame mais detido autoriza concluir que lá, como cá, existem interferências no processo decisório de formulação das leis, tornadas, por exemplo, mais rigorosas em relação ao exercício do direito de reunião pelo povo, ante pressões populares legítimas exercidas pelo povo no Parlamento (COOLEY, 2002, p. 262).

Noutro giro, permite não ignorar elementos do contexto em que concebida tão importante liberdade. Para ficar em cinco deles, vale mencionar:

a) A postergação de um projeto de Declaração de Direitos ante o dissenso entre os "Founding Fathers", evidentemente decorrente de interesses político-econômicos culminantes, todos sabem, em brutal guerra civil;

b) A ameaça do Rei George, símbolo de aviltante opressão da metrópole;

c) A evolução conceitual de liberdade de expressão (ANNENBERG, 2014) e seu divisor de águas jurisprudencial, caso *Cohen v. California* (TRIBE, 2000, p. 787; ROTUNDA, 1989, p 725 e ss);

d) As profundas contradições, marchas e contramarchas da história americana em relação ao tema (BARROSO, 2009);

e) O papel dos juízes nisso tudo (LEWIS, 2011, p. 12).

Nesse sentido, oportuna constatação de CASS SUNSTEIN, a apregoar a permanente construção e reconstrução da constituição norte-americana, por muitas mentes, julgados, práticas sociais e interpretações, gerações após gerações.

Daí, a percepção da Constituição como um documento vivo, dinâmico, e não um projeto findo e acabo de “Framers” reunidos no longínquo século XVIII, na Virgínia. Uma constituição de muitos “outros” pais fundadores (SUNSTEIN, 2009, p. 3).

Sem embargo, a influência do modelo constitucional daquele país é uma realidade na doutrina brasileira e mundo na contemporaneidade (BARROSO, 2009). Aproveitar suas nuanças sem reducionismo teórico e desconsideração de realidades próprias brasileiras é um caminho a ser aproveitado neste trabalho naquilo em que imediato interessar.

Por isso, ao invés de dizê-lo “clear and present danger”[1] (Schenck v. United States) ou “reasonable fear of disruption”[2] (Tinker vs. Des Moines), a perspectiva será outra. Traditar estes ou outros constrangimentos teóricos à liberdade de expressão, debatidos por décadas por lá, ou importá-los sem maiores considerações críticas para cá (v.g, BARBOSA, 2011), seria, no mínimo, uma ofensa epistêmica, a eles e a nós.

Daí a conveniência de examiná-los de forma mais singela, reconduzindo-os a uma característica comum, como espécies do gênero interesse público, consoante apreciável formulação teórica (BINENBOJM, 2003, p. 360).

À evidência, apesar de cuida-se de uma racionalização genérica, tende a permitir traçar-se linhas mestras de um esboço – para usar uma expressão semântica precisa, como

1 Schenck v. United States (249 U.S. 47).

2 Tinker vs. Des Moines Independent Community School Districtal et al. (393 U.S 503).

Engels – de limites à liberdade de expressão na temática e especificidade ora versadas.

Aliás, exatamente o mesmo propósito originário dos EUA, voltado à criação de "standards" teóricos aptos a diferenciarem aquilo que era, ou não, tutelado pela fina flor democrática que é a liberdade de expressão.

Em suma, o suficiente e o necessário a amealhar fundamentos teóricos que permitam razoavelmente ofertar válida resposta ao problema de pesquisa deste estudo, não dos Estados Unidos d'outrora; mas do Brasil, aqui, e agora.

3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A literatura específica em língua portuguesa que ampara este estudo revela ser a monografia de JÓNATAS MACHADO uma referência no tema. Nela, associa-se a liberdade de expressão à imagem de um "direito-mãe" de outras liberdades concernentes à comunicação, como imprensa e livre manifestação do pensamento (MACHADO, 2002, p. 370).

Noutro texto, o mesmo professor em coautoria com GOMES CANOTILHO liga-a à ideia de um "superconceito" destinado à "proteção da integridade da esfera de discurso público, de forma a garantir a comunicação livre e pluralista em todos os domínios da vida social" (MACHADO; CANOTILHO, 2003, p. 14).

No cenário analisado, dois dispositivos constitucionais ostentam imediata relevância:

> Art. 5º: (...)
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obri-

> gação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que dedica um dispositivo extenso à matéria.

> Art. 13-Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: (....)

Um arranjo preliminar a indicar a existência de duas características primordiais para a fixação do sentido e do alcance do direito sob análise: ser regra ampla liberdades de manifestação do pensamento (foro íntimo, convicção) e de expressão (exteriorização), daquela decorrente.

Evidentemente, não de maneira absoluta, mas sujeita a limites (VIEIRA, 2006, p. 164; RODRIGUES, 2011), descritos até como imanentes à ordem axiológica constitucional (REALE JÚNIOR, 2011, p. 387).

Assim é que se entende por ser a circulação desembaraçada de informações pano de fundo de um plano maior, sumamente mais sensível, “da essência dos sistemas democráticos e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar” (BARROSO, 2005, p. 116).

Por isso, a possibilidade de:

A) Ouvir e ser ouvido;

B) Manifestar o dissenso na esfera pública;

C) Criticar o estado e seus agentes, nos seus múltiplos arranjos;

D) Fiscalizá-los;

E) Divergir e convergir.

Tudo, é claro, sem censura prévia, ou seja, impedimentos apriorísticos (GONÇALVES, 2014, p. 398), por estar principalmente tal temática relacionada ao que de melhor e mais belo pode ser buscado através da dinâmica democrática (VINCENZI, 2014). Sobretudo num país de profundas desigualdades estruturais como é o Brasil.

Assim, a ideia de liberdade de expressão se refunde em sentidos e em finalidades múltiplas, que ostentam dimensões individual e coletiva (HIJAZ, 2014, p. 17).

Pela dimensão individual, exalta-se a capacidade de escolha pelo indivíduo, a autodeterminação, corolário da dignidade da pessoa humana, que também pode ser apreendida como forma de exteriorização da personalidade (CALAZANS, 2003, p 75).

Uma concepção com caráter instrumental, firmada no raciocínio de que a ausência de restrições prévias ao discurso de cada indivíduo é benéfica não só para ele, mas para toda a sociedade (DWORKIN, 2006, p. 319 e ss.).

Já a dimensão coletiva põe em destaque a soberania popular, o papel central de que deve ser conferido ao povo, “d’onde o poder emana”, conforme decantada dicção constitucional (MELLO, 2005, p. 596 e ss.).

E, assim, a impostergável necessidade de maior e mais ostensiva participação dos cidadãos nos assuntos da **res publica**, em democracia participativa. Além, portanto, do marco representativo, confinado ao ato de votar (BONAVIDES, 2003, p. 161).

Essas dimensões, em suma, correspondem, respectivamente, às concepções de liberdade de expressão denominadas subjetiva e objetiva, ou libertária e democrática (BINENBOJM, 2003, p. 363/365).

Esta, vinculada à sempre lembrada metáfora do "Market Place of Ideas", centrada no indivíduo, na busca proteção da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade, cujas faces expressivas são os ideais de autonomia e de autodeterminação.

Aquela, no aspecto coletivo, supraindividual, **sine qua non** à soberania popular e a um autogoverno democrático (FARIAS, 2004, p. 65/71).

Perspectivas, por certo, não excludentes; mas, ao contrário, complementares e que podem ser utilizadas como fundamentos ao incremento da participação dos indivíduos e da comunidade em assuntos de inequívoca repercussão social, como o ressaltado acima.

3.2 LIMITES

O assunto fixação de limites à liberdade de expressão é muito controvertido, por não haver balizas certas e peremptórias quanto a ele (SARLET, 2012, p. 40). Sem embargos, é possível buscar distinguir, para fins didáticos, teóricas limitações na matéria, mediante juízos positivo e negativo.

Pelo juízo negativo, define-se a extensão do direito em questão por uma operação intelectual a considerar o que, por hipótese, poderia ser contemplado pela liberdade de expressão. Assim, um "núcleo duro" delimitador de um espaço de não ingerência estatal, ditos "limites dos limites", a serem casuisticamente definidos (ZISMAN 2003, p. 106/121).

Por esse viés, seria possível aferir, v.g, estar a conduta de dado indivíduo de queimar a bandeira nacional com ânimo de protesto albergada pela liberdade de expressão, desde que continente do aludido núcleo duro.

Doutro bordo, tem-se proposta de fixação do âmbito de tutela da liberdade de expressão de acordo com um critério residual, por exclusão, consistente em cotejo de de concreto agir com rol de hipóteses paulatinamente definidas pela doutrina e pela jurisprudência (MARTINS NETO, 2008, p. 21).

Nessa ordem de ideias, se a conduta não estiver prevista no cogitado rol, não será tutela pela liberdade de expressão. Um exemplo conhecido: editar obras literárias, com teor negacionista sobre o Holocausto, a superioridade da raça ariana e inferioridade dos judeus, não é albergada pela liberdade de expressão - "Caso Ellwanger".

Alternativamente, há quem propugne, sob juízo positivo, limites explícitos ao âbito de não abrangência da liberdade de expressão, compreensivos de condutas que ensejam: lesões morais e materiais a direitos de personalidade de terceiros, inviolabilidade da intimidade e da privada, discursos de ódio ("hate speech"), preconceito, racismo, ofensas à dignidade da pessoa e vedação constitucional ao anonimato (MEYER--PLFUG, 2009, p. 79/88; RODRIGUES, 2010, p. 53).

Ou: vedação à censura prévia, vida privada ou honra das pessoas (MORAES, 2009, p. 56). Ou, ainda, qualquer interesse ou direito que, sujeito aos testes da razoabilidade e proporcionalidade, não prevalecerem em face de outros direitos ou interesses igualmente tutelados pela Lei Maior (MENDES; BRANCO, 2011, p. 305/306).

Como se constata, racionalizações diversas, mas convergentes para ponto comum, a necessidade de buscar a composição de um quadro mínimo de possíveis limitações à liberdade de expressão.

Mas, como se trata de perspectiva em início de desenvolvimento na doutrina e na jurisprudência pátrias, razoável prosseguir este estudo com a busca de aferição de um "limite do limite", por assim dizer, de condutas que, porventura praticadas, não ensejariam qualquer tutela pela liberdade de expressão.

Para essa finalidade, fica eleita a "supremacia do interesse público", considerada uma "determinada expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo" (MELLO, 2010, p. 53.). Alvo, não se ignora, de assertivas críticas (ÁVILA , 2007; OSÓRIO, 1999), mas sobrepairadas, aqui, com vistas à composição de um quadro geral da matéria.

Precisamente, porque guarda conexão com a fundamentação até aqui elencada. É dizer, se poderia ser de interesse público admitir a manifestação de opiniões tais quais as lançadas nos "casos Bolsonaro", com base na liberdade de expressão.

Dito de outra forma: a liberdade de expressão tutela os discursos feitos nos "casos Bolsonaro"?

CONCLUSÃO

Nos tópicos anteriores, foi visto, em síntese, que:

1) Jair Bolsonaro, deputado federal, afirmou, em público, que a deputada Maria do Rosário não merecia ser estuprada, porque feia; também prestou homenagens a Carlos Alberto Brilhante Ustra, reconhecido torturador, como proclamado em decisão judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo (item 1, 1.1 e 1.2);

2) A liberdade de expressão ostenta uma diretriz principal, a preservação, na maior amplitude possível, de todos os discursos, inclusive daqueles não populares ou que "não gostamos". Daí a epígrafe: liberdade para as ideias que odiamos (item 2);

3) Constitui a liberdade de expressão pedra de toque da democracia, tendo a doutrina e jurisprudencial norte-ameri-

canas papel principal sobre discussão e sistematização dessa temática (item 3);

4) **É** a liberdade de expressão direito fundamental, previsto na Lei Maior, tutelado também pela Convenção Americana de Direitos Humanos, concebido como "direito-mãe" de outras liberdades, "superconceito" voltado **à tutela das manifestações das pessoas na esfera pública,** de maneira plural, ampla e livre, na maior medida possível (item 3.1);

5) **Não** há mínimo consenso, na doutrina e jurisprudência pátrias, quanto a existência de expressos limites à liberdade de expressão, cenário o qual levou este articulista a pontuar, fundamentadamente, com base em proposição teórica, a possibilidade de se definir um parâmetro geral, quem sabe, "limite do limite": o interesse público, a ser examinado caso a caso (item 3.2).

Feitas essas observações, **observo** que, evidentemente, a liberdade de expressão, como todo direito previsto nas sociedades modernas, encontra limites, não é ilimitada.

Se, de um lado, é inviável admitir-se censura prévia, nos marcos de estado democrático de direito, d'outro, é igualmente inviável descrever, exaustivamente, todas as condutas concretas hipoteticamente reconduzíveis, ou não, ao "direito mãe" sob análise.

Sobre assim ser, sem ensejo para buscar a definição de critérios gerais, certos e acabados, que escapariam ao objeto e aos limites deste artigo, calha buscar a definição da questão concreta, "casos Bolsonaro", com base nas lições doutrinárias trazidas acima.

Pois bem.

São dois fatos distintos que perfazem os denominados "casos Bolsonaro": homenagem a Ustra, torturador da odiosa época da ditadura, e ofensa a Maria do Rosário, mulher que não mereceria ser estuprada.

Começo por este derradeiro para pontuar, objetivamente, na esteira do que consideraram os ministros do Supremo, que ofensas pessoais, absolutamente desconectadas com discussões realizadas na casa parlamentar, não podem ser objeto de tutela de liberdade de expressão.

Ainda que sob subterfúgio de imunidade material, que condiz, todos sabem, com livre e desembaraço exercício do mandato; **não com salvo conduta a emissão de ofensas verbais graves, preconceituosas, misóginas, sem nenhum nexo com** fatos ou dados discutidos em votações de casas legislativas.

Pelo exposto, por critério de exclusão – o que é crime não pode estar amparado por liberdade de expressão – a primeira conclusão parcial: a liberdade de expressão não tutela o segundo "caso Bolsonaro" – ofensa a Maria do Rosário.

Outra, porém, se afigura a conclusão quanto ao primeiro caso, a homenagem a Brilhante Ustra, torturador da época da Ditadura, como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Entendo que toda e qualquer manifestação destinada a defender ações e suposta correção de atos de membros das forças armadas em época de ditadura contra a sociedade civil, como um todo, são absurdas e desarrazoadas.

De todo modo, por mais lamentável – havia escrito "odioso" – que me pareça homenagear indivíduos tais quais Ustra, símbolo de regime de exceção – quem disse foi o Tribunal de Justiça de São Paulo, não eu–, vislumbro tal proceder em consonância com a liberdade de expressão.

E, para isso, retomo os limites sugeridos pela doutrina quanto à matéria, elencados precedentemente (item 3.2): núcleo duro de direitos, rol a ser definido pela doutrina e jurisprudência, lesões morais e materiais a direitos de personalidade de terceiros, inviolabilidade da intimidade e da privada, discursos de ódio ("hate speech"), preconceito, racis-

mo, ofensas à dignidade da pessoa e vedação constitucional ao anonimato, censura prévia, qualquer interesse ou direito que, sujeito aos testes da razoabilidade e proporcionalidade, não prevalecerem em face de outros direitos ou interesses igualmente tutelados pela Lei Maior.

"Núcleo duro de direitos" e "rol a ser definido pela doutrina da jurisprudência" são vagos e não permitem a solução do caso concreto. Por isso, descarto-os.

Doutro bordo, **prima facie**, igualmente reputo que homenagear pessoa considerada pela justiça como torturador não constitui lesões morais e materiais a direitos de personalidade de terceiros, inviolabilidade da intimidade e da privada, preconceito, racismo, ofensas à dignidade da pessoa, vedação constitucional ao anonimato e censura prévia.

Isso por que não houve um ato concreto direcionado a uma pessoa concreta que caracterizasse, por hipótese, tal ofensa. Ainda que possamos figurar que a simples menção a Ustra constitua agravo às vítimas e parentes delas desse famoso algoz, se o fato concreto – a fala de Bolsonaro – não tenha feito referência a elas expressamente, tampouco a um fato concreto eventualmente caracterizador de incitação a crimes, é caso de tutela por liberdade de expressão.

Por fim, as hipóteses preconceito, racismo e discurso de ódio não se amoldam ao caso, a todas as luzes.

Deveras, preconceito e racismo são situações atinentes a cor. Já os discursos de ódio, "hate speech", manifestam-se por palavras "que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião" ou tenha "capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas" (BRUGGER,2007, p. 151).

E, como a manifestação de Bolsonaro não referiu àqueles elementos, inviável reconduzi-los à problemática versada.

Ainda que seja absurda, nos marcos do estado democrático de direito, repito vez mais.

Assim, a conclusão é de que a liberdade de expressão tutela a homenagem do deputado Bolsonaro ao Coronel Ustra, reconhecido torturador. Um caso, entendo eu, palmar de necessidade de liberdade para ideias que odiamos.

Isso fundamentado, recupero o problema da pesquisa: a liberdade de expressão tutela os discursos feitos nos "casos Bolsonaro"?

Resposta: a liberdade de expressão tutela um dos discursos feitos nos "casos Bolsonaro" (homenagem a Ustra). Fica confirmada, em parte, a hipótese, portanto, por todas as razões até aqui elencadas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007.

BARBOSA E. SILVA, Adrian; GUIMARAES DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque. A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. Estudios constitucionales, Santiago, v. 9, n. 2, p. 771-790, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In SARMENTO, Daniel. Temas de direito constitucional, t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

___________ Liberdade de expressão versus direito da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de

ponderação. In: Temas de Direito Constitucional, III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 360. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_360.pdf. Acesso em: 16 dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Editora Revista da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Direito Público, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007.

CALAZANS, Paulo Murilo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In VIEIRA, José Ribas (org.) Temas de Constitucionalismo e democracia. Rio de Janeiro, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ‘Reality Shows’ e liberdade de programação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Salo de. Como não se faz um trabalho de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2013.

COOLEY, Thomas McIntyre. Gama, Ricardo Rodrigues (trad.). Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América. Campinas, Russel, 2002, p. 262.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilsom. Liberdade de expressão e de comunicação: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Nicole. Liberdade de expressão e estado democrático de direito. *In* MERLIN CLÈVE, Clemerson (Org.). Direito constitucional brasileiro. Vol. I: teorias da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014.

HIJAZ, Tailine Fátima O Discurso do Ódio Racial como Limitação à Liberdade de Expressão no Brasil: o Caso das Bandas White Power, Revista Brasileira de Direito, 10(1): 15-32, 2014.

LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MACHADO, Jónatas. Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: 2002.

MARTINS NETO, João do Passos. Fundamentos da Liberdade de Expressão. Florianópolis, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão. *In*: Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. In ROCHA, Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. Curso de direito constitucional. São Rio de Janeiro: Atlas, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista dos Tribunais, vol. 770, p. 53 – 92, Dez / 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico: Journal of Law,** v. 11, n. 2, p. 374-401, Mai. 2011, p. 387. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954>. Acesso em: 07 dez. 2016.

RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio. A evolução conceitual da liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 11, n. 2, p. 402-421, Mai. 2011. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1955/1023>. Acesso em: 06 dez. 2016.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Liberdade de expressão e liberdade de informação: direitos fundamentais e democracia. In MARTINS, Ives Gandra (Coord.). Porto Alegre: Magister, 2012, p. 140

ROTUNDA, Ronald D. Modern constitutional law cases and notas. St Paul, West, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de expressão! superando os limites do “politicamente (in)correto”. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, vol. 126, p.39-62, jun./2012, Porto Alegre.

SUNSTEIN, Cass R. A constitution of many minds. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TRIBE, Laurence H. American constitutional law. New York: Foundation Press, 2000, p. 787.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Editores Malheiros, 2006.

VINCENZI, Brunela Vieira de. A nossa democracia depende da liberdade de imprensa? Sujeitos diferentes, direitos diferentes e impossibilidade de sopesamento de valores, Revista Jurídica do Rio Grande do Sul, vol. 437, p.13-24, mar./2014, Síntese/Notadez.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: os limites dos limites. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Sites acessados (Último acesso em09.06.17)

http://www.camara.leg.br/internet/Deputado/dep_Detalhe.asp?id = 74847

http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1877932-presidenciavel-bolsonaro-usa-cota-parlamentar-em-pre-campanha.shtml

http://www.psc.org.br/missao-valores/

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP = TP&docID = 11627210

http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa = 11&nuSessao = 1364/16

http://www.revistaforum.com.br/2016/04/17/bolsonaro-dedica-voto-ao-coronel-brilhante-ustra-torturador-da-ditadura/

CONTRADIÇÕES SÓCIO JURÍDICAS DAS TRANSFSUSÕES DE SANGUE NAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ E A LEGITIMIDADE DA RECUSA MOTIVADA.

Carolina de Souza Dias
Fabiana Campos Franco
Igor Awad Barcellos

INTRODUÇÃO

Há um debate acerca da postura adotada pelas Testemunhas de Jeová em não receber o sangue, e em muitas vezes é mal interpretada. A recusa não significa que estão dispostos a morrer. Devemos considerar que essa escolha é uma questão fundamental para o grupo, e, ao respeitá-la honra-se um valor moral e ético profundamente prezado.

Surgem conflitos sócio jurídicos e debates quanto a legitimidade da recusa de transfusão de sangue e por outro lado, o dever ético-moral do médico em salvaguardar a vida do paciente que, além de ser alicerce Constitucional, é dever defendido pelo juramento de Hipócrates.

Ao forçar a transfusão de sangue por medida judicial, é violado o direito à liberdade religiosa, fundamentado no arti-

go 5º, VI da Carta Maior (BRASIL, 1988), e um dos pilares da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana (1º, III), gerando abalo emocional e espiritual no paciente.

A finalidade desse trabalho é demonstrar os conflitos levados ao Judiciário, oferecendo estratégias e formas de resolução desses litígios, sem gerar a quebra da razoabilidade na ponderação dos princípios Constitucionais, resguardando os direitos e garantias fundamentais, em especial o direito à vida, à liberdade religiosa e à dignidade da pessoa humana.

O artigo abordará a recusa em consumir o sangue, os motivos pelos quais a bíblia veda o consumo, e suas consequências, a imperatividade da proibição, o uso do sangue na medicina contemporânea, e a evolução do relacionamento entre médico e paciente. Como meio de delimitar, como parâmetro teremos o homem médio, sujeito de direitos, plenamente capaz em situação de emergência médica.

O artigo trata de tema de opiniões complexas e que suscita debate jurídico, moral e religioso. Delimitaremos o debate em âmbito nacional, nos Tribunais Regionais, Varas e Superior Tribunal de Justiça.

Diante da ausência de uniformização jurisprudencial, o presente trabalho encontra amparo e busca instigar discussão sobre o tema, demonstrando soluções práticas e possíveis para incitar a melhor aplicação do direito, sem sobrepujar os princípios Constitucionais, garantindo assim, os direitos e garantias fundamentais do paciente e dever médico.

1. RECOMENDAÇÃO BÍBLICA EM NÃO CONSUMIR O SANGUE

As Testemunhas de Jeová têm como base de sua fé a crença de que a Bíblia foi inspirada por Deus, contendo leis e orientações para usufruto de uma vida feliz e sadia. Insta

salientar que não acreditam em cura pela fé e procuram tratamentos médicos sempre que necessitam. Decididas a não violar a norma de Deus, recusam somente a tomar o sangue.

A postura que mantém, não significa a reivindicação do "direito de morrer", é uma convicção fundamental, e sendo respeitada, honra-se um valor moral, ético e religioso profundamente prezado. Forçá-los a receber sangue será uma violação excessiva ao direito de escolha, a dignidade e à religião.

O motivo de não receberem o sangue, reside no fato de o considerarem como fonte da vida e algo a ser prestado contas a Deus. Uma das primeiras referências, no livro de Gênesis 9:3-6, Jeová diz que tudo que vive e morre servirá de comida, somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida (BÍBLIA SAGRADA, 2013).

O sangue tem um simbolismo relevante, representa a vida concedida por Jeová e a moeda usada para se pagar o preço do pecado. Em Levítico 17:10-11, Jeová enfatiza que o sangue é vida ao determinar que, se alguém tomar qualquer sangue, porá a Sua face contra a pessoa que toma o sangue, pois a vida da carne está no sangue.

A bíblia menciona o sangue mais de 400 vezes, e vários são os versículos que vedam o consumo. O motivo decisivo dos Testemunhas de Jeová em não receber o sangue fundamenta-se no significado especial que ele tem para Deus, sendo caminho para se obter o perdão dos pecados, pois foi por meio do sangue de Jesus que foram libertos dos pecados, de forma plena e duradoura.

O conflito é entre o dever ético do médico em curar ou diminuir a dor do paciente, e a recusa do Testemunha de Jeová em tratamentos que envolvam sangue e seus derivados.

A transfusão de sangue é fundamental para o tratamento da anemia consequente de sangramentos em grandes cirur-

gias, cujo organismo do paciente não consegue compensar a perda sanguínea e/ou manter a oxigenação nos tecidos. Ainda que cumpridos todos os protocolos de profilaxia, a transfusão de sangue está associada a vários riscos de contaminação e, até mesmo, incompatibilidade.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) reconhece a impossibilidade de garantir a transfusão de sangue sem intercorrências de reações adversas, no Manual Técnico para Investigação da Transmissão de Doenças pelo Sangue, aduz que a segurança da transfusão depende de vários fatores, iniciando pela captação de candidatos até a triagem sorológica de doenças transmitidas pelo sangue.

A seleção se concretiza na escolha de candidatos com boa saúde, quanto maior for a saúde do doador, mais seguro é o sangue. Após, é feita uma entrevista que objetiva traçar um histórico de doenças sofridas pelo doador, e identificar maior vulnerabilidade para doenças sexualmente transmissíveis. Os hemocomponentes processados só são disponibilizados para transfusão após conclusão dos exames clínicos obrigatórios feitos na amostra retirada do doador.

O sangue somente pode ser transfundido após a devida prescrição médica, tomada de acordo com a necessidade, sendo necessário a conferência dos dados contidos na bolsa e prontuário do paciente, para prevenir possíveis trocas. Toda transfusão envolve riscos, podendo ser imediatos ou tardios e, objetivando minimizar os riscos a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2010, elaborou um processo de transfusão médica e segurança de pacientes determinando procedimentos pré, durante e pós transfusão sanguínea, que foi devidamente ratificado pela ANVISA em 2015 no Guia para a Hemovigilância no Brasil.

É imprescindível que o médico considere os aspectos que a OMS listou como, a melhoria clínica que a transfusão trará

ao paciente, se os benefícios da transfusão superam os riscos, na existência de alternativas terapêuticas disponíveis, e se os indicadores clínicos e laboratoriais justificam a necessidade da transfusão. O objetivo não deve estar associado a correção da anemia, mas uma cuidadosa avaliação do paciente, considerando parâmetros clínicos.

Segundo a ANVISA (2004), os protocolos se justificam vez que o sangue, pela sua característica de produto biológico, mesmo quando corretamente preparado, acarreta riscos, sendo impossível reduzir a zero a possibilidade de ocorrência de reações após uma transfusão. Resta claro que a transfusão pode ser uma intervenção capaz de salvar vidas, mas deve ser considerado o risco de complicações, bem como da transmissão de infecções.

A OMS (1999), no manual do Uso Clínico do Sangue, determinou estratégias para assegurar a correta utilização e manejo do sangue, dentre as listadas no manual, destaca-se a recomendação em reduzir as transfusões desnecessárias utilizando meios alternativos às transfusões, sempre que possível, porquê muitas das transfusões são desnecessárias.

Diante de um caso de anemia ou condições que causem anemia, o diagnóstico e tratamento prévio bastaria para evitar necessidade transfusional. A infusão de solução salina ou outras soluções de reposição são técnicas seguras, menos caras e igualmente efetivas para o tratamento da perda sanguínea aguda. Uma boa anestesia e adequada conduta cirúrgica reduzem a necessidade transfusional, concluindo que o sangue administrado em quem não necessita, além de ineficaz, expõe o paciente a riscos desnecessários.

As técnicas para promover a redução transfusional são baseadas em condutas simples. Na 63º Assembleia Mundial de Saúde, de 21 de maio de 2010 em Genebra, a OMS destacou a necessidade de elaborar um programa com as técnicas

alternativas a transfusão de sangue, considerando as inúmeras dificuldades dos países de terceiro mundo garantir uma transfusão minimamente segura.

O programa elaborado, conhecido como PBM (Patient Blood Manegement), contém 3 pilares e guia a gestão de sangue, objetivando a redução do consumo de sangue e seus componentes ao considerar que a gestão significa que todas as medidas razoáveis devem ser tomadas para, primeiro, otimizar o volume sanguíneo do paciente, segundo, minimizar a perda de sangue e finalmente, aproveitar e otimizar a tolerância fisiológica específica do paciente para a anemia.

Visando otimizar o volume sanguíneo e evitar a transfusão, é preciso realizar avaliação pré-operatória no paciente. A avaliação busca detectar e tratar possível anemia ou plaquetopenia, suspender anticoagulantes e antiplaquetários, avaliação laboratorial seletiva (hemograma completo), nutrição precoce (visando aumento da eritropoiese) e planejamento antecipado da cirurgia, considerando combinações de métodos de conservação sanguínea no decorrer da cirurgia.

No segundo pilar, as medidas são para minimizar a perda de sangue, podemos citar duas principais estratégias a serem utilizadas: Autotransfusão Intraoperatória e Hemodiluição Norvolêmica Aguda.

A Autotransfusão Intraoperatória é uma máquina que recupera o sangue do paciente que seria inutilizado durante a cirurgia e uma excelente alternativa ao sangue alogênico. Por ser o sangue do próprio paciente, contém o mesmo DNA, portanto pode, e deve, ser reutilizado não representando risco a saúde. A maior vantagem de utilizar esse equipamento é a disponibilidade imediata do sangue e redução dos riscos associados a transfusão.

Temos ainda a opção de Hemodiluição Normovolêmica Aguda, que consiste na retirada de uma ou mais bolsas de

sangue do paciente no início da cirurgia, sendo substituído por soluções cristaloides, como expansores do volume de plasma, para manter o volume circulante. O sangue retirado, ficará à disposição do médico para utilização, e em ocorrendo alguma intercorrência durante a cirurgia, haverá menor perda sanguínea, posto que estará mais diluído.

O terceiro e último pilar do programa PBM, consiste em aproveitar e otimizar a tolerância do paciente à anemia. Santos (2014), enfatiza que na literatura médica não há estudos que demonstrem o nível mínimo de hemoglobina para que seja recomendado a transfusão sanguínea, contudo, evidencia que o ser humano tolera níveis extremamente baixos de hemoglobina. Muitas das vezes, não é o paciente quem não tolera a anemia, mas o médico.

Para a OMS, a anemia é definida como o nível de hemoglobina abaixo de 13,0 g/dl, destaca-se que essa tolerância à anemia é individual, e deve ser analisada a cada caso. Segundo Santos (2014) um paciente sobreviveu sem uso de transfusão de sangue, mesmo após atingir o nível crítico de 1,4 g/dL de hemoglobina. A tolerância à anemia foi uma das opções terapêuticas em substituição a transfusional.

Hajjar (2011) concluiu que não se pode fazer medicina em 2011 baseado num relato de 1942. Realizou estudo com 512 pacientes do Instituto do Coração em São Paulo e revelou que a transfusão aumenta em 20% a taxa de mortalidade e de complicações clínicas a cada bolsa de sangue recebida.

É cristalina a existência de técnicas seguras e viáveis para substituir a transfusão, não sendo esta, medida de extrema necessidade, por haver estudos e casos verídicos que demonstram a possibilidade de sustentar a vida do paciente em risco, respeitando a sua vontade em não receber o sangue.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de1988 surge como garantidora de direitos e garantias individuais, proteção à liberdade do cidadão, voltada a conter o poder do Estado, de modo a garantir a preservação da dignidade da pessoa humana.

Para Barroso (2012) a Constituição passa a ser o centro do mundo jurídico, dotada de supremacia formal e material, e a ser o filtro pelo qual deve-se interpretar todas as normas infraconstitucionais.

A superioridade da Constituição se expressa porque todos os atos do poder público devem estar em conformidade com ela. Se uma lei ou outro ato contrariá-la será inconstitucional. As normas constitucionais estão no topo da ordem jurídica e constituem fundamento de validade para todas as outras normas inferiores, podendo inclusive, orientar ou determinar o conteúdo material destas (MENDES, 2014, p. 66).

A diferença entre regras e princípios constitucionais, que apesar de complexa, ambos são espécies de normas e não guardam entre si hierarquia, diante da Constituição.

Barroso (2011) diz que as regras, tornam o Direito mais objetivo, previsível e, realizam melhor o valor segurança jurídica. Princípios, por sua vez, desempenham papel diverso, no plano jurídico eles funcionam como referencial para o intérprete, "como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos".

Ainda nessa mesma linha de considerações, Alexy *apud* Humberto Ávila, em A Teoria dos Princípios (p. 30), aponta que, a distinção entre princípios e regras deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a

antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações prima facie, na medida em que podem ser superadas ou derrogadas em função dos outros princípios colidentes.

As regras são normas predominantemente descritivas, e diante de eventual conflito de regras, não haverá margem para analise teórica ou valoração. Caberá aplicar a regra mediante subsunção, devendo prevalecer apenas uma delas, deixando de incidir somente se houver outra regra mais específica. Conclui Barroso (2011) que os direitos nela fundados também serão definitivos, extraindo-se então os mandamentos ou mandados de definição.

Já os princípios, estes são normas predominantemente finalísticas, indicam uma direção, e o conflito se dá de maneira mais abstrata. São mandamentos nucleares de um sistema, confluem valores e bens constitucionais. Como todos os princípios tem o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre o outro deverá seguir a técnica da ponderação.

A aplicação dos princípios será graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou situações de fato, cabendo ao intérprete a análise do caso concreto para atribuir maior importância a um do que a outro. Conclui-se que os princípios são mandados de otimização, "por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas" (LENZA, 2013, p. 150).

A Constituição Brasileira é composta por regras e princípios, possibilitando ao jurista a busca e aplicação do direito em sua melhor forma, por meio do juízo de ponderação, que busca socorro no princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Será exigido o sacrifício de um direito fundamental em

decorrência de outro, que melhor se aplica ao caso concreto para promover a aplicação prática entre os direitos em conflito, sem prejudicar o núcleo essencial, que, segundo Barroso (2011), se constitui na dignidade da pessoa humana.

Hierarquizar os princípios de forma rigorosa acabaria por desfigurar a Constituição como um complexo harmônico, somente podendo ser feita valoração entre os princípios em casos especialíssimos.

O exercício da ponderação desses princípios não segue critério de solução de conflitos, devendo ser feito a análise conforme as peculiaridades do caso, podendo existir o embate na forma de colisão entre direitos fundamentais, ou, ainda, entre um direito fundamental em face de outro valor consagrado pela Carta Maior. Considera como "autêntica colisão somente quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental" (MENDES, 2014).

O embate entre a dignidade da pessoa humana na figura do direito à vida, e a liberdade religiosa, princípios fundamentais e requerem o juízo de ponderação por parte do julgador. Entre tão consagrados princípios, qual deverá prevalecer em face do outro, para que a solução do problema seja útil para ambas as partes em conflito e o ônus imposto ao sacrificado não acarrete em benefício demasiado a outra parte.

Prevista no artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988), a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais previstos na Carta Maior e fundamento do Estado Democrático de Direito, dele irradiando todos os direitos materialmente fundamentais. Tem atuado como fundamento para decisões em relação a legitimidade da recusa de Transfusão de Sangue nas instâncias primárias e Tribunais Superiores.

Afirma Barroso (2012) que, "a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a

qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo", vez que a dignidade da pessoa humana é núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais que se traduz em um conjunto de valores que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, e dele se extrai a essência da liberdade, igualdade e promoção da justiça. No mundo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é o centro axiológico do sistema jurídico.

Denota-se que a dignidade humana contém um significado vasto e importa destacar que a possibilidade do exercício da autonomia privada decorrente da liberdade e da igualdade das pessoas. Barroso (2010), afirma que a dignidade como autonomia busca valorizar o indivíduo, sua liberdade e direitos fundamentais, se subdividindo em capacidade de autodeterminação e, exigência de que haja condições propícias para o exercício da autodeterminação.

A capacidade de autodeterminação reside no direito de decidir o rumo da própria vida, poder realizar escolhas e assumir responsabilidade por elas, não podendo ser retiradas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade. Não basta garantir o direito de escolha livre se não existir meios adequados para que a liberdade seja praticada. É preciso que estejam asseguradas mínimas condições para o exercício de escolha para evitar que as decisões sejam tomadas de forma desinformada.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais[3], no Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001, em um caso envolvendo paciente que aceitou o tratamento quimioterápico com suporte não-transfusional, utilizando cuidados médicos a base de Eritropoetina, decidiu a favor do paciente, reputando legítimo o direito a recusa e poder de escolha do tratamento médico

3. TJ/MG – Agr. Inst. Nº 1.0701.07.191519-6/001. 1ª Câmara Cível, julgado em 14/08/2007

sem a utilização de hemocomponentes, reconhecendo a existência de alternativas médicas que evitam a transfusão de sangue, asseverando que:

> O direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam (...) é conveniente deixar claro que os Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter a todo e qualquer tratamento clínico, desde que não envolva a aludida transfusão.

A sensibilidade do julgador reside na preocupação que ao sobrepujar a autonomia da vontade do indivíduo, pode gerar conflito de natureza familiar e religiosa, podendo, inclusive, tornar inaceitável ou religiosamente indigna, a convivência deste entre seus pares. Ainda que o dWireito à vida seja inflexível, não é absoluto, de modo que ao realizar a ponderação entre os princípios, verificou-se que no presente caso, deveria prevalecer a liberdade religiosa.

A Carta Maior proclama o direito à vida mencionando-a como um dos cinco valores básicos enumerados no artigo 5º, seguido de liberdade, igualdade, segurança e propriedade (BRASIL, 1988), sendo ratificado quando da assinatura do Pacto de San José da Costa Rica em 1969, ao declarar em seu artigo 4º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, não podendo ser privado de sua vida arbitrariamente, desde o momento de sua concepção.

Para Lenza (2014), a previsão do direito à vida no artigo 5º, caput, foi feita de forma genérica, por abranger tanto o direito de não ser morto, quanto o direito de permanecer vivo e ainda, de ter uma vida digna. A ideia de vida digna se refere as garantias das necessidades básicas do homem.

O bem preservado aqui é de toda a vida humana, pois onde há ser humano, há vida, não importando em que etapa do desenvolvimento ou circunstância, tão pouco o que o legislador infraconstitucional dispor sobre a personalidade jurídica, o dever será de proteção do direito à vida, assevera Mendes (2014).

Importa destacar que o direito à vida é uma exigência ao ordenamento jurídico pátrio, e um valor supremo que orienta e dá sentido a todos os demais direitos fundamentais.

Afirma Mendes (2014), que é impossível efetuar a ponderação do direito à vida com quaisquer outros valores, vez que havendo prevalência do segundo em face do primeiro, o resultado seria a morte do indivíduo contra quem é feita a ponderação.

Há liberdade religiosa, que inclui a liberdade de crença, de aderir à alguma religião, bem como a liberdade do exercício do culto, a liberdade de organização religiosa e que o conceito de religião liga-se a crença em um ser divino, a uma crença que professa vida além da morte, possui um texto sagrado, possui organização e apresenta rituais de oração e adoração.

A laicidade do Estado não deve ser confundida com inimizade com a fé. A constituição protege a liberdade religiosa para facilitar que as pessoas possam viver e exercer a sua fé, independentemente do local que estejam, vez que é assegurado a assistência religiosa, inclusive, aos que estão submetidos a internação coletiva (BRASIL, 1988, artigo 5º, VII).

O conflito entre os princípios citados é observado nos julgados pátrios que tratam acerca da recusa da transfusão de sangue, mister se faz esclarecer que trata-se de conflito apa-

rente, vez que os Testemunhas de Jeová não estão abdicando de seu direito à vida, mas sim pugnam por exercer seus direitos Constitucionais da liberdade de confessar sua religião e exercício da autonomia da vontade.

A 3ª Vara Cível da Comarca de Santos, processo 344/2009, por meio do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito José Wilson Gonçalves, aduz que na hipótese do próprio enfermo recusar o tratamento com sangue, deve ser respeitada a sua vontade, em razão da inviolabilidade da liberdade de crença e que ninguém será privado de direitos por motivo de crença ou de convicção religiosa, previstos no artigo 5º, incisos VI e VIII. Encerrou sua fala afirmando que a "substituição da vontade pela decisão do juiz somente será possível no caso de terceiros ser o enfermo, como filhos menores sob o poder familiar (...)".

No Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso[4], em 2006, o Excelentíssimo Desembargador Orlando de Almeida Perri, ao analisar demanda que o paciente era Testemunha de Jeová e recusou tratamento com a utilização de sangue, ressaltou que não se está debatendo ética médica ou confrontação entre direito à vida e a liberdade de crença religiosa. O que se debate é o direito a saúde e a obrigação do Estado em proporcionar tratamento médico que não atinja a liberdade de crença religiosa do indivíduo. Derrubando uma importante tese utilizada sobre o suposto conflito entre normas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal por sua vez, possui somente um julgado a respeito dos Testemunhas de Jeová, o Agravo em Recurso Extraordinário 988793/SP, julgado em setembro de 2016, cujo relator foi o Excelentíssimo Ministro Luiz Fux, contudo o referido julgado não possui conexão com a hipótese aqui tratada.

Após pesquisa jurisprudencial, concluímos que o STF não possui posicionamento acerca da ponderação dos direitos e

4. TJ/MT – Agr. Inst. Nº 22395/2006, 5ª Câmara Cível, julgado em 31/05/2006.

princípios constitucionais nos casos da recusa a transfusão de sangue dos Testemunhas de Jeová. Existindo somente parecer elaborado pelo Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, intitulado Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová.

3. A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA DO PACIENTE E A LEGITIMIDADE DA RECUSA MOTIVADA.

A relação entre médico e paciente, até meados do século XX se convencionavam conforme o juramento de Hipócrates, o qual consistia no médico se comprometer a utilizar a medicina para o bem do paciente e nunca para o mal ou causar dano, fundada no princípio da beneficência. Se dava numa relação paternalista, onde o médico ditava regras e formas de tratamento por ser o protetor do paciente, ainda que os tratamentos fossem contra a vontade ou mesmo sem a anuência deste último.

Essa relação foi, durante muito tempo, considerada ideal, pois atribui ao médico o poder de decisão do que seria melhor para o paciente, legitimando a intervenção por seus próprios critérios, sem que o paciente interfira em nada, negando ao enfermo qualquer escolha enquanto pessoa adulta e capaz.

O Código de Nuremberg de 1947, estabeleceu o chamado "consentimento informado" como requisito de validade para as pesquisas e experiencias médicas envolvendo seres humanos. O Código compila uma série de diretrizes internacionais para pesquisa cientifica com pessoas, e seu objetivo era garantir que os princípios dos direitos humanos fossem marco inicial para qualquer pesquisa envolvendo pessoas. Tais diretrizes foram incorporadas pela Associação Médica Mundial (AMM) e, em 1964, foi elaborada a Declaração de Helsinki contendo os princípios médicos que regem as pesquisas com seres humanos.

Notório é a evolução do paternalismo médico para a autonomia do paciente, que deixa de ser mero espectador da prática médica e passa a ser sujeito de direitos fundamentais. Essa evolução é resultado do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, cujo assegura o direito de realizar autonomamente suas escolhas existenciais, respeitando a autonomia da vontade do paciente, sua liberdade, religião e vida.

O paciente passa a ter o poder de predileção, podendo concordar ou não com terapias, exames e tratamentos, o que por consequência acaba por impedir o médico de intervir ou mesmo impor qualquer procedimento, ainda que fundado em critérios técnicos, avesso à preferência do paciente.

É direito do médico não realizar ou mesmo acompanhar procedimento em paciente que recuse receber tratamento, preservando o direito do médico de guiar-se por seus padrões éticos em relação ao cuidado à saúde de seus pacientes, não podendo ser coagido ou compelido judicialmente a assim fazê-lo.

A manifestação de vontade do paciente, principalmente na recusa de transfusão de sangue, necessita estar pautada num conjunto de requisitos e exigências para que revele seu efeito jurídico almejado.

É necessário que o consentimento seja genuíno, fruto de uma vontade livre e informada, o que não é tema desconhecido dentro do direito. O Ministério da Saúde, em 2006, aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Portaria nº 675/2006) que regulamenta o consentimento ou recusa dos procedimentos, bem como o dever do paciente em assumir as consequências de suas escolhas.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 15 estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Notório é que o procedimento de transfusão de sangue apresenta riscos

consideráveis, inclusive a própria vida, posto isto, claro é a intenção do legislador em proteger o indivíduo da arbitrariedade do Estado em querer impor tratamento contra a sua vontade. O dispositivo em comento não afirma que a vida deve ser mantida a qualquer custo, mas sim que deve-se respeitar a vontade do paciente (BARROSO, 2010) diz que para ser válida a recusa motivada, ela deve ser genuína, livre e fruto de escolha do titular, bem como o consentimento deverá ser informado, o que envolve o conhecimento do poder de escolha bem como das possíveis consequências advindas de sua decisão.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi abordado o conflito sócio jurídico das recusas à transfusão de sangue pelos Testemunhas de Jeová, bem como as fundamentações que justificam tal recusa do procedimento pelo grupo. Foi demonstrado que a violação de sua autonomia de vontade e liberdade religiosa traduz em ofensa moral, ética e emocional, gerando um efeito devastador em sua psique.

Conclui-se que a transfusão de sangue apresenta riscos consideráveis, e que devem ser analisados. Demonstrou-se ainda os métodos e tratamentos alternativos eficazes na terapia de sangue em cirurgias de grande porte, considerando o homem médio, saudável, plenamente capaz em situação de emergência médica.

Verificou-se que os conflitos sócios jurídicos podem ser resolvidos de forma prática e sem ofensa aos princípios Constitucionais que são os sustentáculos dos nossos direitos e garantias fundamentais. A dignidade da pessoa humana se traduz num binômio de autonomia de vontade e liberdade religiosa, sendo imperioso destacar que não se trata de choque desses princípios quando na ponderação desses valores em julgamentos. Deve-se aplicar a autonomia da vontade, traduzida pela recusa motivada.

Ressaltamos os requisitos necessários para ser considerada a manifestação de vontade de forma genuína, devem estar presentes no documento que os Testemunhas de Jeová carregam consigo, e tem validade jurídica, devendo ser aceita por médicos e, ainda, pelo Judiciário. Fundado em uma vontade livre, genuína e informada, o que não é tema desconhecido dentro do direito, devendo o Testemunha de Jeová, ao tomar essa decisão, ter total conhecimento quanto as consequências que a recusa do tratamento possa trazer a sua vida.

REFERENCIAS

ÁVILA, Humberto. **A TEORIA DOS PRINCÍPIOS**: da definição e aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

______________________. **LEGITIMIDADE DA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE POR TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: http://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf . Acesso em: 08 de maio de 2017..

Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **MANUAL TÉCNICO PARA INVESTIGAÇÃO DA TRANSMISSÃO DE DOENÇAS PELO SANGUE** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

Brasil. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **MARCO CONCEITUAL E OPERACIONAL DE HEMOVIGILÂNCIA**: guia para a hemovigilância no Brasil. 2015. Disponível:

http://portal.anvisa.gov.br/documents/33868/404938/Marco+Conceitual+e+Operacional+de+Hemovigil%C3%A2ncia+-+Guia+para+a+Hemovigil%C3%A2ncia+no+Brasil/495fd617-5156-447d-ad22-7211cdbab8a7. Acesso em 20/05/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira, e, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Organização Mundial da Saúde. **SEGURANÇA DO SANGUE**. Disponível: http://www.who.int/bloodsafety/transfusion_services/en/Blood_Safety_Port.pdf?ua=1. Acesso em 15/05/2017. GENEBRA, 1999.

______________________________. **O USO CLINICO DO SANGUE**: na medicina, obstetrícia, pediatria e neonatologia, cirurgia e anestesia, traumas e queimaduras. Disponível http://www.who.int/bloodsafety/clinical_use/en/Module_P.pdf?ua=1. Acesso em 10/05/2017. GENEBRA, 1999.

______________________________. **POLÍTICA DE BOM PROCEDIMENTO PARA SEGURANÇA E DISPONIBILIDADE DE SANGUE**. Disponível em http://www.who.int/bloodsafety/publications/who_eht_08_02_pt.pdf?ua=1. Acesso em 20/05/2017. GENEBRA, 2008.

______________________________. **PROCESSO DE TRANSFUSÃO MÉDICA E SEGURANÇA DE PACIENTES**. Disponível em http://www.who.int/bloodsafety/clinical_use/who_eht_10_05_pt.pdf?ua=1. Acesso em 20/05/2017. GENEBRA, 2010.

______________________________. **APPROPRIATE CLINICAL USE OF BLOOD AND BLOOD PRODUCTS**: information

sheet for clinicians. Disponível em http://www.who.int/bloodsafety/clinical_use/ClinicalUseBInfoSheetEn.pdf?ua=1. Acesso em 20/05/2017. GENEBRA, 2000.

SANTOS, Antônio Alceu dos, et al. **THERAPEUTIC OPTIONS TO MINIMIZE ALLOGENIC BLOOD TRANSFUSIONS AND THEIR ADVERSE EFFECTS IN CARDIAC SURGERY**: A systemic review. São Paulo, 2014.

O DESAFIO DO RECONHECIMENTO JUDICIAL DA IDENTIDADE BIOLÓGICA E GENÉTICA EM FACE DO INSTITUTO DA COISA JULGADA MATERIAL

Custódio Serrati Castelani

INTRODUÇÃO

Não é surpresa para o intérprete de a norma jurídica deparar-se com texto normativo, que expressam uma antinomia jurídica real ou aparente. O que implicará em um estudo mais acurado, por parte do interprete para desvelar se a contradição é apenas aparente ou verdadeira.

Para tanto, faz-se necessário proceder a uma interpretação sistêmica em torno das normas que se opõem para desvelar o sentido e alcance de cada uma delas e identificar qual se aplica ao caso concreto.

Na hipótese proposta neste estudo, tem-se a tutela da dignidade humana, com assento constitucional (art. 1º, III e o direito subjetivo de o filho conhecer sua ascendência genética e historicidade familiar art. 226 § 7º e 227, § 6º CRFB, como um bem jurídico de valor ético moral. O instituto da coisa julgada material, em sede constitucional (art. 5º inciso XXXVI CRFB) e no plano infraconstitucional o art. 502 CPC,

em um olhar raso, transmite a impressão da impossibilidade de reabertura de nova ação de investigação de paternidade, na hipótese apresentada, do direito subjetivo de filho buscar conhecer sua ascendência genética.

Reconhecer o valor e a importância de cada bem jurídico tutelado, nesse caso será importante etapa para o deslinde desta investigação. Distinguir a dignidade humana como direito fundamental é uma importante etapa a ser vencida para desvelar as dúvidas, entretanto, conhecer os fundamentos que legitimam e fundamentam esse direito é imprescindível, o que nos leva a caminhar alguns passos em direção a certos registros ao longo da história evolutiva dos fundamentos da dignidade humana, para identificar a prevalência dos valores tutelados em cada um dos institutos normativos que aqui se comenta, e, ao final, apresentar fundamentos razoáveis, calcados em ponderações que permitam evidenciar a possibilidade de convivência harmônica entre os citados preceitos normativos, relativos ao direito fundamental que tutela a dignidade humana e o instituto da coisa julgada material, tanto em sede constitucional e infraconstitucional.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA E A SUA TUTELA JURÍDICA

A tutela jurídica da dignidade da pessoa humana como valor ético moral não constitui um tema novo nos dias atuais. Historicamente a dignidade da pessoa humana tinha sua acepção na origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus (BARROSO, 2010). Na perspectiva iluminista hà crença de que a luta pela dignidade humana finca suas raízes nos movimentos sociais que desencadearam esforços para essa conquista através dos grandes movimentos libertários, que buscavam o reconhecimento dos direitos do homem.

Ao longo do século XX, a dignidade da pessoa humana se torna um objetivo *político*, um fim a ser almejado pelo Estado e pela sociedade. Para Miranda (2012) só após a 2ª Guerra Mundial, é que a noção de dignidade da pessoa humana inicia-se a lentos passos em direção ao universo *jurídico*, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o nascimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em vários e importantes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos, convertida em um conceito jurídico.

No Brasil, a Constituição de 1988, logo em seu art. 1º, no inciso III, lança a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, que, nas palavras de José Delgado (2009) constitui em verdadeiro postulado.

No direito português, a historicidade familiar é estudada por Stela Barbas (2007, p. 496), que ao interpretar o artigo 26º, 1 a 3 da CRP, anota com maestria que a identidade pessoal compreende a individualização pessoal, como a singularidade de uma pessoa, o que a torna diferente de todas as demais. No Brasil não é diferente, a só: o único requisito exigido é que seja uma pessoa humana. Só existe uma condição para o reconhecimento da dignidade humana. A condição de ser humano.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PERSONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIR A DIGNIDADE HUMANA.

Voltando o olhar para o acolhimento da dignidade da pessoa humana pelo mundo jurídico, percebe-se que, no período após a 2ª Guerra, houve grande esforço no sentido de produzir um estatuto jurídico que protegesse a pessoa humana contra outras tragédias, a exemplo do que ocorreu no período da Guerra. Após essa tragédia mundial, a dignidade da

pessoa humana foi incorporada, definitivamente, nos principais documentos internacionais, notadamente na Carta da ONU (1945), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), e em inúmeros outros documentos internacionais (tratados e pactos), passando a compor a agenda internacional com um discurso central sobre direitos humanos.

No ordenamento jurídico de produção brasileira, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana restou contemplado no inciso III do artigo 1º da CRFB de 1988, elencado no rol dos fundamentos da República Federativa Brasileira

A garantia substancial da dignidade humana, manifesta em diversos estatutos normativos a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 art. 27) que assegura o direito à filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

Não obstante a farta garantia da tutela jurídica à dignidade humana, no ordenamento jurídico internacional e nacional, mister se faz saber qual é o conteúdo ou elementos e objetivos constituintes desse valor ético moral, do ponto de vista jurídico, para, diante de um caso concreto, valer-se desse conteúdo previamente conhecido e identificado, para que diante de um caso concreto cingido pela antinomia jurídica real ou aparente, o juiz aplique não só a lei, mas, sobretudo, o direito considerando os valores que estão em litígio, se estão sob o manto da dignidade humana

Aferida tal constatação, o julgador terá a possibilidade de lançar mão das técnicas hermenêuticas e ponderação na aplicação do direito em defesa do bem tutelado, dando primazia aos direitos à dignidade da pessoa.

É relevante que se tenha conhecimento do conteúdo mínimo dos elementos que formam o corpo dos direitos à

personalidade, com isso evita-se a banalização do conceito de dignidade humana, que, por vezes, é empregado em situações que não o comporta.

2.1. VALOR INTRÍNSECO DA PESSOA HUMANA

Trata-se de elemento ontológico filosófico constituído dos caracteres fundamentais do ser, o que todo ser tem e não pode deixar de tê-lo, como algo ligado à natureza humana, elemento essencial, indispensável, comum e inerente a todas as pessoas. Barroso (2010), citando Cristopher McGrudden (2008), afirma que o valor intrínseco ou inerente da pessoa humana é reconhecido por múltiplos autores e em diferentes documentos internacionais. Kant (2011, p. 65), ao identificar o significado de dignidade humana acentuou: "*no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade*". Na filosofia Kantiana, o valor da dignidade não concorre com os demais valores das coisas que tem preço. A dignidade está acima das coisas precificadas. A dignidade possui valores que são intrínsecos, que não se confunde com as coisas materiais.

2.2. POSTULADOS DO VALOR INTRÍNSECO

Do valor intrínseco da pessoa humana, extraem-se dois postulados: um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro surge do imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, fora de qualquer perspectiva de sua utilização como um meio para outras realizações; o segundo se apresenta na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. Sarlet (2010), afasta qual-

quer poder autoritário do Estado sobre a pessoa humana. A Dignidade humana é preexistente ao Estado e é por possuir o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial, porquanto, a dignidade não depende de concessão do Estado, assim também não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante de conduta individual indigna do seu titular. Ela independe até mesmo da própria razão, apenas uma coisa tendo que haver para que exista a dignidade: a vida de uma pessoa humana, podendo ela ser recém-nascida, senil ou com qualquer grau de incapacidade de qualquer natureza.

No mundo jurídico, notadamente, nos textos Constitucionais, o valor intrínseco da pessoa humana é assegurado de modo cogente e inviolável a sua dignidade. A dignidade dá origem a uma série de direitos fundamentais. O primeiro e mais importante deles, em uma ordem natural, é o *direito à vida*. Em torno desse direito, dialoga-se com discursos providos de certa carga de complexidade jurídica e moral, como a pena de morte, o aborto e a morte digna, etc. O segundo direito é o *direito à igualdade*.

3. O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E SOCIAL COMO CONTEÚDO DA DIGNIDADE HUMANA.

Os esclarecimentos projetados em linhas anteriores, evidenciam que o direito à identidade pessoal e social é parte do conteúdo da dignidade humana, o que conduz ao raciocínio de que o direito à identidade pessoal e social é direito fundamental de maior grandeza, consoante lapidar ensinamento de Jorge Miranda (2013, p. 223), que, ao escrever sobre a projeção da dignidade humana, assim se expressou: *"Pode haver ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse"*.

Não é exagero afirmar que, quando uma norma legal tutela a dignidade humana como um bem jurídico, está colocando esse bem a salvo de violações e, no caso em estudo, os elementos que constituem esse bem são: a vida, a integridade física e psíquica, a igualdade, a autonomia da vontade, a autodeterminação. como constitutivo de sua identidade pessoal. Sendo a dignidade humana um bem supremo, posto que, é nela que abriga o direito à vida, anuncia-se desde logo que qualquer outra norma que contrariar esse direito deverá ser afastada, para não conflitar com norma de hierarquia superior.

4. APARENTE CONFLITO ENTRE AS NORMAS GARANTIDORAS DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E O INSTITUTO DA COISA JULGADA MATERIAL

Se por um lado é certo que o constitucionalismo contemporâneo em diversas Constituições consagra, em seus textos, o direito à dignidade da pessoa humana como direito fundamental, também denominado pela doutrina como direito de primeira geração pela sua importância na vida das pessoas. Por outro ângulo esse direito que garante a dignidade humana, com essa magnitude de primeira geração, lhe é assegurado, pela via judicial, o direito de ação de investigação de paternidade contenciosa, buscando o reconhecimento de seus ascendentes biológicos como componente de sua identidade pessoal.

Aí reside a imperiosa necessidade de se conhecer os fundamentos que legitimam os direitos postos em causa, tanto os relativos à dignidade humana como os relativos à coisa julgada, e quais são os valores éticos que nutrem esses direitos, para então se fazer o cotejamento hermenêutico adequado e a ponderação de valores postos em questão sobre a imutabilidade das decisões judiciais, protegidas pelo instituto da coisa julgada.

Essa aparente dicotomia, evidencia a existência de um problema que demanda a formulação de um questionamento em busca de respostas que apontem na direção de se saber se o direito de ação de investigação de paternidade biológica pode ser exercido novamente mesmo quando já houve uma ação anterior, com sentença transitada em julgados, reconhecendo como pai biológico do autor pessoa diversa daquela que efetivamente possui característica genética compatível.

5. O NÚCLEO DA CONTROVÉRSIA

Com o advento dos avanços científicos, hipoteticamente descobre-se, por meio do exame de DNA, que a sentença que reconheceu uma paternidade, valendo-se de provas subjetivas, e que quando a sentença já estava circunscrita no rol daquelas soberanamente imutável, por não admitir mais, qualquer forma de sua desconstituição, descobre por meio do exame de DNA, que o réu do processo de investigação de paternidade acima descrito não é o pai biológico do autor da ação, pois o reconhecimento judicial não representa a verdade e sim uma ficção jurídica. Com o resultado do exame de DNA, realizado posterior o trânsito e julgado quando surgiu esse recurso científico restou apontado que o investigado não é o pai biológico do investigando o que faz surgir o interesse no autor da antiga ação em ajuizar uma nova ação de investigação de paternidade com fito de conhecer verdadeiramente seu pai biológico, inclusive para fins de defesa de outros direitos e interesses de natureza patrimonial, familiar e patrimônio genético.

6. O INSTITUTO DA COISA JULGADA ENQUANTO NORMA DE PROCESSO CIVIL

O ordenamento jurídico pátrio sempre conviveu, e convive, pacificamente com a figura processual da coisa julgada.

Esta é compreendida como sendo a sentença que alcançou patamar de irretratabilidade em face da impossibilidade de contra ela ser intentado qualquer recurso. Em concepção objetiva, é, pois, a decisão que firmou, definitivamente, o direito de um dos litigantes, apurado mediante o empreendimento do devido processo legal.

Nas palavras de José Delgado (2009), *"A força da sentença deve caracterizar pressuposto de verdade, certeza e justiça, formadas ou afirmadas pelo 'decisum judicial', impondo estado de irrevogabilidade ou irretratabilidade para o que for assegurado".* Se a sentença se funda em inverdade ou contra a moralidade, ela não possui a certeza de justiça, e, por isso mesmo, não cumpriu sua finalidade, qual seja, a de distribuir justiça.

Com a evolução científica e, consequentemente, com o surgimento do exame de DNA, a questão da imutabilidade da coisa julgada, nas ações de investigação de paternidade, passou a ser questionada nas varas de família, em todo o Brasil, mesmo nos casos em que a paternidade já foi declarada em processo judicial e a decisão divergiu do resultado biológico atestado pelo exame genético.

A jurisprudência da Corte Superior de Justiça, até a década de 1990, apontava o caminho da impossibilidade da irreversibilidade das decisões transitadas em julgado. Vale dizer, somente se admitia a sua modificação em sede de ação rescisória, nos casos pontualmente previstos em lei. No mesmo sentido era o entendimento da doutrina majoritária.

O instituto da coisa julgada fundamenta-se na imperiosa necessidade de se pôr um termo à apreciação judicial de uma lide através do processo, conduzindo os destinatários das decisões judiciais a uma situação de segurança jurídica, para que se torne imutável a decisão. Contudo, conforme exposto

por respeitados doutrinadores, tais como José Augusto Delgado, (2009) e Luiz Roberto Barroso (2009), o apontado rigor excessivo no tratamento desse instituto conduz a situações absurdas, tanto no que tange à incompatibilidade de seus efeitos com preceito de cunho constitucional, quanto no que se refere à solução de problemas surgidos na prática forense.

7. A LEITURA DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS SOB A LENTE DA CONSTITUIÇÃO.

Os países democráticos de direito têm adotado a teoria Kelseniana, em que a Constituição figura como o centro do ordenamento jurídico, e a partir dela, é que se faz a leitura e interpretação das demais normas a ela subordinadas. O Brasil encontra-se nesse contexto que, a partir da inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, além de colocar a Constituição no centro do ordenamento jurídico, colocou a pessoa humana como figura central no direito constitucional, com irradiação para os direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º e seus incisos (CRFB/88).

O exercício de direito tutelado em sede de dignidade da pessoa humana não comporta mais tratamento meramente acadêmico, ou um discurso descuidadamente retórico, e, por vezes, apaixonado. A instrumentalização para o acesso a tais direitos deve, sim, ser uma constante a ser observada e perseguida pelo Estado, no seu modo de atuar, em todas as esferas de governo e instâncias de poderes, disponibilizando meios hábeis a propiciar, objetivamente, o pleno exercício desses dois direitos fundamentais da pessoa humana.

Para Luiz Roberto Barroso, as Constituições modernas são documentos dialéticos que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Desse modo, pode-se ocasionar um choque de interesses na hora de aplicar um princípio ou outro no deslin-

de de um mesmo caso concreto, assim como escolher entre a preservação da coisa julgada e a reabertura de uma lide para rediscutir a paternidade, baseado em um novo exame de DNA, que permite ao investigante conhecer sua ancestralidade.

Quando o exegeta se depara com uma colisão entre dois princípios constitucionais, não poderá valer-se da técnica da hierarquia, da cronologia ou especialização, vez que, nesses casos, a técnica da ponderação de normas bens ou valores afigura-se como a mais recomendada.

Com a técnica da ponderação, o aplicador da norma poderá fazer concessões recíprocas, procurando sempre preservar o máximo possível de cada um dos interesses e valores, preservando sempre o bem jurídico de maior relevância, segundo os mesmos princípios consagrados na Constituição.

Como antes apontado, toda interpretação e aplicação de uma norma só faz sentido *"se lida é compreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados*" (BARROSO, 2009, p. 27). Naturalmente, não estamos dizendo que toda norma deva ser constitucionalizada, contudo a interpretação de seus institutos há de ser formulada à luz dos comandos constitucionais.

Os temas fundamentais do direito processual civil, a partir de 1988, devem, portanto, ser estudados à luz do texto constitucional: "A teoria geral do Direito Processual Civil" deve partir da Constituição Federal. O primeiro contato com o Direito Processual Civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais.

Nesse ambiente, a Norma Adjetiva há de ser lida de forma a viabilizar a concretização de um direito consagrado no texto da Lei Maior, sem que isso dê ensejo a temores de qualquer natureza, pois nada mais natural do que cumprir a regra constitucional.

Ingo Walfgang Sarlet teve oportunidade de escrever: O reduto intangível à dignidade dos indivíduos constitui "última fronteira" contra quaisquer ingerências externas, quaisquer restrições impostas, mesmo quanto autorizado por "norma legal" não poderá, contudo, ultrapassando o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010, p. 124).

Indubitavelmente, a proteção à coisa julgada, alçada à magnitude de instituto constitucionalizado desde a Carta de 1940, nos permite compreendê-la como vetor da mais elevada importância para a garantia da paz social. Em se tratando de coisa julgada, tem-se que esta é uma regra de processo. Ao assegurá-la como vetor constitucional, o constituinte originário visou impedir que o legislador ordinário criasse diplomas infraconstitucionais que almejassem mitigar direitos já consolidados em decisões que não fossem mais atacáveis pela via recursal ou pela via autônoma da ação rescisória. Tanto é assim que, no ordenamento jurídico infraconstitucional, há previsão legal que apresenta disciplina mitigando os efeitos da coisa julgada.

A flexibilização da coisa julgada no direito pátrio é reconhecida pela doutrina e jurisprudência por expressa previsão legal nas Leis 4717/65, 7347/85 e 8079/90. Por outro lado, o direito assegurado no art. 1º, incisos III da Lei Maior, guarda relação com a disciplina do direito material fundamental, isto é, o seu exercício não pode ser obstaculizado por uma norma de processo, mormente quando o resultado do julgado se prestar a fazer afirmação de fato que, comprovadamente, importa em inverdade.

Sendo o direito à paternidade biológica um direito fundamental, imprescritível e irrenunciável, seu exercício se dará no momento que melhor convier ao seu titular, sem qualquer prejuízo ou impedimento imposto por qualquer norma, principalmente em se tratando de norma infraconstitucional de viés eminentemente processual.

É bem verdade que o instituto da coisa julgada se reveste de elevada importância para a estabilização das relações jurídicas, contribuindo, faticamente, para a realização da paz social, sem a qual as pessoas viveriam em constantes inquietações decorrentes das incertezas jurídicas.

Do mesmo modo, não é possível vislumbrar uma sociedade que busque a estabilização nas relações jurídicas, nas quais não seja possível o exercício da plenitude da cidadania (no sentido amplo da expressão), haja vista, que esta é fundamento da República Federativa do Brasil. Ainda nesse marco teórico, imaginar uma sociedade que prima pela paz social por meio do reconhecimento da estabilidade das relações jurídicas, valendo-se, dentre outros meios, da coisa julgada, mas que não dispensa explícito respeito à autoridade do princípio da dignidade da pessoa humana como corolário essencial do convívio em comunidade e do Estado Direito, importando na busca pela paz social, ou padece de uma ineficácia congênita.

A doutrina ainda não encontrou o caminho do consenso para essa inquietação. Doutrinadores brasileiros de primeira grandeza têm se mostrado tanto fervorosamente contra, quanto inexoravelmente a favor da tese da relativização da coisa julgada em ações de filiação, em casos de controvérsias dessa natureza.

Sobre o tema, leciona o Mestre Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, 'DNA' CD ROM), que a subtração da sentença à autoridade da coisa julgada somente pode provir da lei e não da vontade do aplicador ou do intérprete. Conclui que não há lei no direito positivo que exclua a sentença da ação de investigação de paternidade do regime geral da "res iudicata". No mesmo sentido do insigne doutrinador mineiro, pensa (DIDIER Jr; BRAGA; OLIVEIRA, 2008).

Em sentido contrário é o prelecionado por Cristiano Chaves de Freitas, citado por Paulo César Crivelaro (2009), as-

severa que não se pode prestigiar o indevido formalismo do processo em detrimento da dignidade da pessoa humana e da isonomia substancial. Completa o referido autor que proceder dessa forma é violar norma de ordem constitucional e infirmar os direitos fundamentais do homem.

Paulo Crivelaro (2009) apresenta como proposta a desconsideração da coisa julgada por parte do magistrado para permitir nova discussão das ações de filiação quando a decisão judicial que resolve o mérito não contiver conteúdo que corresponda à verdade biológica atestada pelo exame da leitura das impressões genéticas.

Belmiro Pedro Walter, citado por CRIVELARO (2009), leciona que a canonização do instituto da coisa julgada milita contra os interesses sociais em detrimento da paz social, posto que a paternidade biológica não é interesse apenas do investigante ou do investigado, mas de toda a sociedade, e não existe tranquilidade social com a imutabilidade da coisa julgada que representa a mentira, engodo ou falsidade do registro público.

O Superior Tribunal de Justiça, nas oportunidades em que teve de proferir decisões acerca da indigitada controvérsia em sede do direito de família, mormente, em ações cujo objeto da discussão era o reconhecimento da paternidade biológica, mostrou-se, por vezes, sensível à 'flexibilização' da coisa julgada, sob a específica justificativa de se tratar de ação de estado, em que discutia, com acento Constitucional, direito fundamental relacionado com a dignidade da pessoa humana.

Importante destacar o STJ, por meio de sua 2ª seção julgou o REsp nº 706.987/SP, com votação de quatro ministros pelo provimento do recurso e de quatro em sentido contrário, restando o desempate a ser decidido pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, que presidiu a seção e votou pela flexibilização da coisa julgada. Nesse ponto do julgamento, discutia-se justamente os

dois princípios constitucionais pertinentes ao tema, o primeiro com previsão no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB, que protege a coisa julgada, e o segundo, que é justamente a proteção da dignidade humana assegurada no art. 1º, inciso III da Carta Magna.

Relevante destacar que os ministros que compõem a 2ª seção têm posicionamento jurídico divergente sobre o tema, restando assentados, no voto de desempate, dois princípios constitucionais, REsp nº 706.987/SP que se confrontaram na matéria debatida.

Em outro julgamento, o STJ, ao se pronunciar no REsp 427.117/MS, teve a oportunidade de reconhecer juridicamente a flexibilização da coisa julgada para se buscar a verdade, em ação na qual se buscava o reconhecimento de paternidade.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário nº 363.889, originário do Distrito Federal, apreciou uma demanda relativa à investigação de paternidade e aplicou, na espécie, o princípio da proporcionalidade, afirmando que deve imperar o direito do filho em saber quem é seu ascendente, afastando a incidência da eficácia de coisa julgada.

O caso concreto ora exposto, consistiu em uma ação de investigação de paternidade que um filho ajuizou, mas não tinha condições financeiras para arcar com os custos do exame de DNA, sendo a ação julgada improcedente por falta de provas. A decisão de improcedência da ação transitou em julgados e, anos depois, o mesmo autor ajuizou nova ação de reconhecimento de paternidade em face do mesmo investigado. O juiz da segunda ação, acolhendo preliminares do réu, extinguiu o processo sob o fundamento da existência de coisa julgada material. O autor interpôs recurso, com fundamento constitucional, e o recurso chegou ao STF, que, além de reconhecer o direito do autor em ajuizar a segunda ação, aplicou

ao caso o princípio da proporcionalidade, reconhecendo também ao caso em comento, a repercussão geral.

O julgado da Corte Constitucional Brasileira, em que ora se comenta, caminha em consonância com o postulado constitucional, que projetou a dignidade humana como um dos objetivos da república brasileira, e que, na dição de Jorge Miranda (2013, p. 223), a ponderação da dignidade humana só pode ocorrer quando confrontada com a dignidade de outra pessoa, o que denota, como afirma Kant, que é um valor que está acima de todos os outros valores, admitindo equiparar-se apenas com outro valor de igual grandeza.

Com essas considerações indagações: Qual tem sido o horizonte mirado pelo Poder Judiciário ao interpretar a ordem jurídica pátria para proferir suas decisões nas ações de filiação, à luz de novas descobertas científicas, frente às novas lides, surgidas a partir de uma pretensão fundada apenas na norma constitucional?

Toda atividade estatal, desimportando de que poder emana, está a exigir de seus autores uma verdadeira vinculação ao estrito dever de agir com ética, moralidade, legalidade e, sobretudo, em atenção à estrita verdade, e aos direitos fundamentais, não podendo, portanto, uma sentença, expressão do poder estatal que é, representar uma inverdade, "denominando" o preto de branco e o quadrado de redondo. A segurança e a confiabilidade de uma sentença não estão em sua força formal, mas na certeza do que ela representa para as partes diretamente e para toda a coletividade indiretamente.

O vigente Código Civil prevê a imprescritibilidade do direito na investigação de paternidade (art. 1.606). Sem dúvidas, o fato de o legislador ordinário fazer essa opção política evidencia que as questões relativas ao direito à filiação, já consagrado como Fundamento da República, recebem impor-

tante instrumentalização infraconstitucional, que permite aos interessados buscar o reconhecimento de seu ancestral genético, sem ter que enfrentar a barreira da prescrição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bem jurídicos tutelado no artigo 5º inciso XXXVI CRFB, é instituto da coisa julgada se reveste de elevada importância para a estabilização das relações jurídicas, tributando, faticamente, para a realização da paz social, por meio da imutabilidade da conformação judicial dos conflitos, o que se traduz em uma política de estabilização dos conflitos sociais de natureza processual.

O preceito constitucional insculpido nos artigos 1º, III 226 § 7º e 227, § 6º Carta Política brasileira, tutela a dignidade humana, justamente porque a vida, a integridade física e psíquica, a igualdade a autodeterminação, o direito de conhecer sua ancestralidade como constitutivo de sua identidade pessoal são elementos que constituem a dignidade humana. Em uma escala de valores a dignidade humana se projeta com primazia em relação a outros valores e ou bens jurídicos. Só sendo possível afastar a aplicabilidade de uma norma jurídica atinente a proteção da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, não com qualquer outro princípio, valor ou interesse

Uma sentença que se funda em inverdade processual ou contra a moralidade, ela não possui a certeza de justiça, e, por isso mesmo, não cumpriu sua finalidade, qual seja, a de distribuir justiça.

A vedação de nova discussão para o reconhecimento da paternidade biológica com o auxílio de uma prova nova (DNA) significa negar um direito fundamental constitucionalmente reconhecido e garantido pela norma constitucional, constitui o afastamento da aplicabilidade de uma norma jurídica atinente a proteção da dignidade de uma pessoa em face da aplicação de uma norma que tutela valores de ordem processual.

Nas ações de investigação de paternidade o que se busca é conhecer a ancestralidade e a paternidade biológica. A sentença deve reconhecer o pai biológico do investigando e não "atribuir-lhe" um pai.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2007) **Direito do Genoma Humano.** Coimbra: Almedina.

BARROSO, Luís Roberto. (2009.) Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18540 Acesso em: 05 de dezembro de 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça http://www.stj.jus.br/ REsp. 330.172/RJ, Min. Sávio de Figueiredo Teixeira; REsp 427.117/MS Rel. Min. Castro Filho; REsp 706.987/SP, Rel. Min. Humberto Gomes, Rel. do Acórdão Min. Ari Pargendler; REsp nº 884.730/RS Rel. Min. Nancy Andrighi;

CANOTILHO, J. J. Gomes, (2008) "Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. – 2ª ed. Coimbra Portugal, editora Almeida.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital: (1991) Fundamentos da Constituição. Coimbra Portugal Editora.

CRIVELARO. Paulo Cesar, (2009) Desconsideração da Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. 1ª Ed. Leme/SP: Editora Habermann.

DELGADO, José Augusto. (2009) A imprevisibilidade das decisões judiciais. BDJur, Brasília, DF, 27 abr. 2009. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20885); acessado em 03 de dezembro de 2015.

DELGADO, José Augusto. (2009a) Efeitos Da Coisa Julgada E Os Princípios Constitucionais. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25489, acessado em 03/12/2016.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael (2008) Curso de Direito Processual Civil 4ª Ed v 2 Editora Podium.

MORAES, Alexandre de. (2002) Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo, Atlas.

NERY JUNIOR, Nelson (2004) Princípios do processo civil na Constituição Federal, 8ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais,

SARLET, Ingo Walfgang. (2012) Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado

THEODORO JÚNIOR, Humberto (DNA) CD ROM Provas – princípios da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA) CD ROM.

WALTER, Belmiro Pedro. (apud), CRIVELARO. Paulo Cesar. (2009) Desconsideração da Coisa Julgada na Investigação de Paternidade 1ª Ed. Leme/SP: Editora Habermann,

A LEGITIMAÇÃO DE NOVOS DIREITOS HUMANOS E A FORMAÇÃO DA ÁGORA ELETRÔNICA NA PÓS-MODERNIDADE

Danielli Regina Scarantti

INTRODUÇÃO

A internet passou por um longo período de expansão e transformações até se tornar o ambiente digital que conhecemos hoje. Manuel Castells (2001) define a internet como sendo o tecido das nossas vidas. Ele explica que assim como a eletricidade foi essencial para a era industrial, a internet é fundamental para o atual período, em razão do seu poder de circular informações para todo o mundo. Logo, as redes mantidas pela internet são tão importantes para a forma organizacional da era da informação, quanto foram as tecnologias de geração e distribuição de energia para as fábricas e empresas da sociedade industrial.

Diante dessa transformação real da sociedade, onde a internet sustenta uma espécie de ágora contemporânea da esfera pública e privada, o texto discorre sobre a consolidação de um novo direito de acesso à internet e como ele se tornou necessário para a execução plena de muitas atividades cotidianas, chegando ao ponto de ser reconhecido como um importante direito-meio para a efetivação de outros direitos humanos.

1. NOVOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, é fundamental enfatizar que os direitos humanos são uma construção social e, por tal característica, não estanque. Eles são um produto social que acompanha o desenvolvimento individual e coletivo dos sujeitos que vivem em sociedade. Portanto, surgem de acordo com as necessidades sentidas pelos indivíduos em diferentes espaços de tempo e lugar, pois novos direitos podem ser acrescentados à ordem de proteção jurídica a qualquer momento.

> Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes. (BOBBIO, 1992, p. 33).

Hannah Arendt (1989) vai ao encontro dessa abordagem sobre o conjunto de transições referido e explica que os direitos humanos fazem parte de uma invenção humana, a qual está em permanente processo de construção e reconstrução. Da mesma forma Norberto Bobbio (1992) salienta que por serem resultado da civilização humana, os direitos humanos são mutáveis e passíveis de transformação e alargamento.

Enfim, ao longo dessa trajetória, os direitos humanos vêm ocupando cada vez mais espaço no centro das discussões das relações internacionais. Para Antônio Augusto Cançado Trindade (1999), principalmente após a ascensão do século XX e seu transcurso para o século XXI é que os direitos humanos conquistaram uma posição central de relevância nos progra-

mas mundiais regidos pelo compromisso com a proteção da dignidade e demais valores humanos fundamentais.

Então, considerando essa importância adquirida por eles e a já apresentada possibilidade de acrescentar novos direitos no plano jurídico, a Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2011, apresenta nova interpretação ao artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e ao mesmo artigo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ela sugere que, assegure-se a liberdade de opinião e expressão, bem como a liberdade plena de ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações e ideias por qualquer meio de comunicação, incluindo-se aqui a internet.

Sendo assim, a partir de Relatório Especial emitido por Frank La Rue, a ONU reconhece a natureza única e transformadora da internet e por isso recomenda que ela deva ser considerada como um meio indispensável para o acesso à informação no mundo contemporâneo e, portanto, sua acessibilidade é direito de todos. (UNITED NATIONS, 2011).

> Ao expandir enormemente a capacidade dos indivíduos para desfrutar de seu direito à liberdade de opinião e expressão, que é um "facilitador" de outros direitos humanos, a Internet impulsiona o desenvolvimento econômico, social e político, e contribui para o progresso da humanidade como um todo. (UNITED NATIONS, 2011, p. 19)[5]

Essa interpretação é plenamente aceita. Sobre isso, Norberto Bobbio (1992) explica que os direitos do homem não

---

5. Tradução nossa. Texto original: "Unlike any other medium, the Internet enables individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an "enabler" of other human rights, the Internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole".

são apenas aqueles expressos literalmente na Declaração. O referido documento foi firmado entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o início da Revolução Francesa de acordo com as necessidades condizentes com aquele período. Portanto, com o passar dos anos e a alteração das circunstâncias cabe à ONU, coordenadora de um sistema global de proteção dos direitos humanos, proteger esses direitos positivados e dar a eles as interpretações necessárias no decorrer das mudanças na história.

No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à internet é recepcionado na categoria de direito fundamental. Isso porque o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não estabelece um rol fechado, mas apenas exemplificativo dos seus direitos. Ele admite em seu parágrafo segundo a inserção de novos direitos materialmente fundamentais

Logo, verifica-se que o direito de acesso à internet possui duas dimensões – uma negativa e outra prestacional. Em sua grandeza negativa está a impossibilidade de limitação de acesso, ou seja, o bloqueio de conteúdo não pode ser feito pelo Estado e nem por outro terceiro. Já o seu aspecto prestacional contempla a necessidade de atuação do Estado para regular esse direito e garantir sua efetividade – ponto este que recebe atenção especial neste trabalho.

Além dessa dimensão negativa e prestacional, o direito de acesso à internet ainda possui um aspecto transnacional – visto que suas comunicações ultrapassam as fronteiras nacionais – e de solidariedade, pois as comunicações realizadas no ambiente digital superam a solidariedade individual intraestatal e atingem a sociedade mundial (indivíduos, empresas, Estados e outras organizações) como um todo, "in solidum".

O direito de acesso à internet foi recepcionado pela Lei número 12.965 de 2014, a qual ficou conhecida popularmente

como Marco Civil da Internet. Dentre as principais inovações, a referida norma reconheceu os direitos humanos e o exercício da cidadania como fundamentos do acesso à internet (artigo 2º, II), bem como definiu entre seus objetivos a promoção do acesso à internet para todos (artigo 4º, I). (BRASIL, 2014).

Além disso, o Marco Civil da Internet reiterou a importância que o acesso à internet possui para o desenvolvimento humano, econômico, social e cultural (artigo 6º) e declarou que este direito é essencial ao exercício da cidadania (artigo 7º), tanto é que convencionou que a o acesso à internet não poderá ser suspenso, exceto quando houver débito relativo à utilização. (BRASIL, 2014).

Sendo assim, em razão das fundamentações trazidas pelo ordenamento jurídico internacional e nacional se constata que não há como se falar em comunicação, em liberdade de opinião e de expressão, ou em desenvolvimento sem considerar a internet como um meio fundamental para a circulação de informações e geração de conhecimento. Evoluímos de uma comunicação oral, passando pela escrita e hoje chegamos à comunicação informática, onde é significativo ressaltar que desde meados da década de 80, a sociedade brasileira avança em direção ao mundo digital, passando a constituir o espaço virtual como uma extensão do espaço público.

Visto isso, é possível concluir preliminarmente que o direito de acesso à internet é de suma importância para a efetivação de vários outros direitos humanos. Este acesso não é apenas um direito fim que se realiza por si mesmo, mas sim, um direito meio para o alcance de outros direitos – desde os civis até os de solidariedade – devido a sua principal característica de possibilitar o acesso à informação essencial nas sociedades democráticas, visto que sem informação não há participação.

2. O ACESSO À INTERNET COMO DIREITO MEIO PARA O ALCANCE DE OUTROS DIREITOS HUMANOS

Vimos que o direito humano de acesso à internet foi acrescentado ao plano jurídico, pois houve o reconhecimento de que o exercício pleno da cidadania e da democracia está intimamente ligado à necessidade do indivíduo ter acesso à internet, um meio interativo, multidirecional e descentralizado. Nessa perspectiva, Néstor García Canclini (2005) aponta que estudos vêm afirmando a cultura digital como a cultura do século XXI – principalmente por garantir o acesso à informação.

Pois a informação é "a porta de acesso a outros direitos" (GENTILLI, 2005, p. 129) e o acesso à internet pode ser útil à promoção da participação cidadã. Uma participação ativa dos cidadãos que compartilham poder nas esferas política, socioeconômicas e culturais, na busca por uma sociedade justa, solidária e igualitária.

Em relação à concretização dos direitos civis, é nítida a importância do acesso à internet como um direito-meio, principalmente no que tange a livre manifestação do pensamento, ao direito de liberdade de opinião e expressão, o qual tem capacidade para fortalecer o direito de participação na sociedade, entre outros, por exemplo. Atualmente, a liberdade de expressão quando exercida no ambiente virtual possibilita que o cidadão se manifeste e que outras pessoas do mundo inteiro tenham o direito de acessar a manifestação do outro.

Com o acesso à internet disponível, a liberdade de opinião e de expressão ganha novos contornos e alcança um campo muito maior para a efetivação do seu exercício, pois hoje as informações transmitidas superaram as barreiras geográficas. Em outras palavras, quando analisado nesse viés de mediadora de direito civil, a internet passa de uma mera tecnologia a um importante

espaço de poder do cidadão, espaço este que permite ao ser humano se tornar um verdadeiro sujeito, um ator que tem força para ser o protagonista da transformação da sociedade.

Maria Augusta Ferreira da Silva Castanho (2014) defende que o ambiente digital é democrático e pluralista, permitindo, assim, a participação das pessoas em maior escala e com maior probabilidade de serem ouvidas. A efetivação da liberdade de expressão na web permite a disseminação de ideias plurais, a atuação livre da imprensa e a troca de informações – características fundamentais para o exercício da democracia representativa.

Na efetivação dos direitos políticos, e nele destaca-se o cenário democrático que contempla o direito de votar e ser votado, o direito de acesso à internet também é indispensável. As informações garantidas pelo meio digital são um suporte expressivo em termos de escolha dos representantes, haja vista que possibilita conhecer melhor seu perfil e suas propostas de trabalho. Mais do que isso, a internet também possibilita uma gama de informações que contribuem significativamente para a transparência do serviço público e dos atos governamentais, permitindo que o cidadão mantenha uma distância próxima do seu representante político. Ou seja, o acesso à internet dá um novo contorno para a democracia, pois expande os espaços de participação e intensifica o poder emancipatório dos cidadãos nas questões públicas.

Victor Gentilli (2005, p. 146) defende que o direito à informação é um propulsor do exercício da cidadania, definindo-o como um "combustível para o aprofundamento democrático". Nesta senda, a internet surge como um meio profícuo para expandir esse fluxo informativo e facilitar mecanismos que permitam ao cidadão conhecer, saber e utilizar as informações úteis ao fortalecimento da vida em sociedade, o que lhe dará sustentação para delinear sua opinião crítica e as-

sim, como indivíduo ativo, contribuir no exercício democrático da cidadania, porque esta "[...] não pode ser exercida na ausência do direito à informação". (RADDATZ, 2012, p. 302).

De outra banda, assim como o direito de acesso à internet tem sua importância no campo civil e político, ele também é fundamental para a concretização dos direitos socioeconômicos. Demi Getschko (2014, p. 1) sustenta que as tecnologias de informação e comunicação, dentre elas a internet, são elementos "vitais" nas alterações socioeconômicas hodiernas. Ademais, o direito de acesso à internet, enquanto meio para o alcance dos direitos desta dimensão, revela-se como um importante protetor da dignidade da pessoa humana, principalmente quando falamos em educação.

Observa-se que o enriquecimento da qualidade da educação na pós-modernidade está intimamente ligado ao suporte que as tecnologias de informação e comunicação fornecem à escola, a qual se apresenta como um ambiente de aprendizagem e humanização das pessoas, onde se estrutura o pensamento das novas gerações, destacam Fernando José de Almeida e Fernando Moraes Fonseca Júnior (2016, p. 13). Os referidos autores elucidam que com o acesso à internet inserido às práticas tradicionais de ensino, a culminância será "uma aprendizagem mais eficiente, mais profunda, mais abrangente, mais confortável, mais motivada, mais feliz". E, para eles, esse é o caminho para a construção de uma sociedade mais humana e digna.

Esses modelos contribuem na "formação de pessoas que tenham uma visão crítica a respeito das informações e conhecimentos disponibilizados, e sejam aptas a continuar construindo seus saberes, durante toda a sua vida, de forma autônoma". (WILLIANS, 2015, p. 2).

Outrossim, o mesmo se repete ao tratar de direitos de solidariedade. É perceptível a mediação que o direito de acesso

à internet realiza para a concretização deles. A comunicação mundial por meio da web enfraquece os limites de fronteira entre os países e acentua a relação entre eles, assim, todas as nações estão conectadas e interligadas para dialogar sobre os direitos de solidariedade em nível internacional – em especial o direito ao desenvolvimento.

Ou seja, é com a ascensão do acesso à internet que se tem potencializada as relações que buscam o desenvolvimento. Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha (2012, p. 6) fazem uma analogia entre o significado do nascimento da eletricidade e da internet. As referidas autoras mencionam "A telemática, diferentemente da eletricidade, não transmite uma corrente inerte, mas veicula informação, e, quando corretamente utilizada, significa poder.".

Poder esse que serve para a emancipação dos indivíduos, os quais podem agora, com a rápida transmissão de informações e decorrente geração de conhecimento, elaborar projetos e programas que liguem estados, países e continentes, a partir de ideias que fomentem o desenvolvimento humano, civil, político, econômico, social e cultural.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar que o novo direito humano de acesso à internet é um importante direito-meio para o alcance de outros direitos humanos. Ele é um propulsor da participação cidadã para o exercício da democracia, fato este que enseja o desenvolvimento do país.

Conclui-se que a internet não é uma simples ferramenta: mais do que isso, ela é um meio aberto de informações, constituindo-se em uma verdadeira ágora eletrônica contemporânea. Daí sua grande importância, pois sem informação não há participação. E sem participação não há exercício pleno

da cidadania e da democracia. Portanto, a acessibilidade ao mundo digital é direito de todos.

Todavia, reconhecê-la como um direito não é suficiente para garantir o acesso a todos. No Brasil, aproximadamente metade da população ainda não possui acesso à web. Por isso, é essencial fomentar esta discussão e construir políticas públicas de inclusão digital e expandir aquelas já existentes – em busca da igualdade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando José de Almeida; JUNIOR, Fernando Moraes Fonseca. **Criando ambiente inovadores**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=40247>. Acesso em: 22 fev. 2016.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

______. **Lei complementar número 135, de 04 de junho de 2010**. Altera a Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hi-

póteses de inegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm >. Acesso em: 29 abr. 2016.

______. **Lei número 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>**. Acesso em: 11 fev. 2016.**

CANCLINI, Néstor García. **Diferentes, desiguais e desconectados**: Mapas da interculturalidade. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva. **O processo eleitoral na era da internet**: as novas tecnologias e o exercício da cidadania. 2014. 337 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, Cetic.br. **Indicadores e estatísticas TIC para o desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.cetic.br/publicacao/indicadores-e-estat%C3%ADsticas-tic-para-o-desenvolvimento/>. Acesso em: 12 fev. 2016.

COLPANI, Clóvis Lopes. Teologia da libertação e teoria dos direitos humanos. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**. 3. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2002.

______. **Estado, cidadania e espaço público**: as contradições da trajetória humana. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2010.

GENTILLI, Victor. **Democracia de massas**: jornalismo e cidadania. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

GETSCHKO, Demi. Apresentação. In: CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, Cetic.br. **Indicadores e estatísticas TIC para o desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.cetic.br/publicacao/indicadores-e-estat%C3%ADsticas-tic-para-o-desenvolvimento/>. Acesso em: 12 fev. 2016.

GOÉS, Laércio de Torres. **Relatório MacBride – 30 anos**: Concentração midiática, mídia alternativa e Internet. Disponível em: <http://www2.eca.usp.br/pjbr/arquivos/artigos13b.htm>. Acesso em: 03 fev. 2016.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão digital como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-30102012-092412/pt-br.php>. Acesso em: 28 dez. 2015.

JENKIS, Henry. **Cultura da convergência**: a colisão entre os velhos e os novos meios de comunicação. São Paulo: Aleph, 2009.

LEMOS, Ronaldo. **A democracia está sendo transformada pelas redes sociais**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/45839-a-democracia-esta-sendo-transformada-pelas-redes-sociais-entrevista-especial-com-ronaldo-lemos>. Acesso em: 21 dez. 2015.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

______; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cibercidadania no mundo globalizado**: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr15.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

MANSELL, Robin; TREMBLAY, Gaëtan. **Renovando a visão das sociedades do conhecimento para a paz e o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015.

MARTÍN-BARBERO, Jesús. Globalização comunicacional e transformação cultural. In: MORAES, Denise. **Por uma outra comunicação**: mídia, mundialização cultural e poder. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2005.

______. **Dos meios às mediações**: comunicação, cultura e hegemonia. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2013.

MARSCHALL, Thomas H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes, 1991.

NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. **O direito humano de acesso à internet**: Fundamentos, conteúdo e exigibilidade. Rio de Janeiro, Kindle, 2013.

NEVES, Ricardo Siqueira; FREIRE, Isis Maria. **Gestão da informação em ambientes virtuais**: uma pesquisa exploratória. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/biblio/article/view/1915>. Acesso em: 20 fev. 2016.

PERUZZO, Cicilia Maria Krohling. Sociedade da Informação no Brasil: Desafio de tornar a internet de todos para todos. In: PERUZZO, Cicilia; BRITTES, Jussara. **Sociedade da Informação e Novas Mídias**: participação ou exclusão? São Paulo: INTERCOM, 2002.

______. Internet e democracia comunicacional: entre os entraves, utopias e o direito à comunicação. In: MELO, José Marques de; SATHLER, Lucio. **Direitos à comunicação na sociedade da informação**. São Bernardo do Campo, SP: Universidade Metodista de São Paulo, 2005.

______. **Movimentos sociais, redes virtuais e mídia alternativa no junho em que "o gigante acordou" (?)**. Disponível em: <http://www.matrizes.usp.br/index.php/matrizes/article/viewFile/487/pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

RADDATZ, Vera Lúcia Spacil. DIREITO À INFORMAÇÃO um Requisito Para a Cidadania na Sociedade Contemporânea. In: BEDIN, Gilmar Antonio. **Cidadania, direitos humanos e equidade**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio; LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, identidade e mediação**. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1618/Direitos-Humanos-Identidade-e-Mediaco.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 nov. 2015.

VIEIRA, Eduardo. **Os bastidores da internet no Brasil**: As histórias de sucesso e de fracasso que marcaram a Web brasileira. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: Livro verde. Disponível em: <www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4795.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: JÚNIOR, Alberto do Amaral; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinqüentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

UNITED NATIONS. **Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, Frank La Rue. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

______. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A.66.290.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2016.

WILLIANS, Vicente. **Decorrências em escolas públicas do Estado do Mato Grosso do curso tecnologias na educação**: ensinando e aprendendo com as TIC. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ea001026.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

Zeifert, Anna Paula Bagetti. Globalização e inclusão social: Processos emancipatórios e políticas de desenvolvimento. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí. 2004.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS DOS ENCARCERADOS

Débora Giotti de Paula

INTRODUÇÃO

Estima-se que o Brasil atualmente conte com mais de 600 mil presos distribuídos em todo seu território, possuindo a quarta maior população carcerária do mundo. O déficit de vagas seria de aproximadamente 200 mil, o qual triplicaria caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão expedidos, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

Tais dados são alarmantes. O Brasil vivencia hoje uma "crise do seu sistema prisional", marcada pela superlotação dos presídios e pelas condições degradantes a que se encontram os presos sob sua custódia.

Celas superlotadas, imundas e insalubres, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, entre outras situações agravantes, colocam em xeque valores como a dignidade da pes-

soa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, a proteção aos direitos sociais à saúde e segurança, entre outros princípios tão aclamados em um Estado Democrático de Direito e cuja importância é universalmente reconhecida nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos da qual o Brasil faz parte.

Deste modo, diante do quadro de total falência do sistema carcerário brasileiro, é importante buscar instrumentos para reverter tal situação, uma vez que as políticas públicas vigentes têm se mostrado incapazes de solucionar o quadro de inconstitucionalidade existente.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar como o instrumento do "Estado de Coisas Inconstitucional", utilizado pela Corte Colombiana, pode ser incorporado ao caso brasileiro no combate à crise dos seus estabelecimentos prisionais.

O problema que tem de ser enfrentado é o de como conciliar esse instrumento, com questões importantes que nosso país enfrenta, como a escassez de recursos e a consequente reserva do possível, além da resistência à intervenção do Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas.

1. A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

1.1 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Pode-se dizer que o Brasil hoje enfrenta uma verdadeira "crise do sistema prisional", marcada principalmente pela superlotação dos seus estabelecimentos prisionais e pelas condições físicas e psíquicas a que estão submetidos seus apenados.

Para começar, há o uso abusivo da prisão preventiva - segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça, 41% dos presos estão nessa condição, evidenciando-se uma "cultura do encarceramento", incompatível com um ordenamento que

preza pelo princípio da não-culpabilidade. Soma-se ainda o fato de inexistir separação nos presídios entre os presos provisórios e os definitivos, o que afasta por completo a possibilidade de ressocialização, convertendo-se os estabelecimentos prisionais em verdadeiras "escolas do crime".

O fracasso da progressão da pena é também um fator decisivo na superlotação dos presídios brasileiros. A falta de assistência jurídica, a mora do Judiciário e o pequeno número de estabelecimentos de regimes aberto ou semiaberto são algumas das razões apontadas.

Como forma de amenizar o problema da falta de vagas, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o sentenciado poderá cumprir prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, a depender do seu comportamento ou grau de periculosidade. Isso porque, a superlotação não é motivo apto a autorizar a manutenção do condenado em regime prisional mais rigoroso (RE 641.320/RS).

A Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) pode ser também considerada um dos principais motivos do aumento da população carcerária no Brasil. Isso porque, embora a lei tenha previsto para os usuários de droga a substituição da prisão por medidas alternativas, fato é que a linguagem vaga de seus dispositivos permitiu que muitos usuários fossem condenados como traficantes.

Sobre o tema, há um julgamento pendente no Supremo Tribunal Federal (RE 635.659), em que alguns ministros, como Gilmar Mendes e Roberto Barroso, defendem a descriminalização do uso de drogas. Sem adentrar no mérito da questão, fato é que se for aprovada, haverá um considerável "desafogamento" do sistema prisional.

A falta de investimento em trabalho e educação também é citado com frequência como um dos motivos da crise do sistema prisional. O tempo ocioso a que ficam submetidos os detentos, poderia ser utilizado na sua ressocialização, com o implemento

de cursos profissionalizantes, por exemplo. Mas isso infelizmente não acontece na maioria dos presídios brasileiros, onde a única "escola" a que os detentos têm acesso é a do crime.

Michel Foucault em seu livro "vigiar e punir" (FOUCAULT, 1999), já considerava como duas de suas sete máximas universais da boa "condição penitenciária", a oferta de educação e trabalho aos detentos. Outros princípios, segundo o autor francês, seriam:

(i) Detenção penal como função essencial para transformação do comportamento do indivíduo;

(ii) Separação dos detentos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação;

(iii) As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas;

(iv) O regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos;

(v) O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento.

Como se vê, os mesmos problemas que estamos enfrentamos já foram observados anos atrás. Portanto, é necessário que se busque soluções rápidas e eficazes, pois vivenciamos hoje uma violação generalizada dos direitos dos presos.

As consequências de tais violações são experimentadas não só pelos presos, mas por toda à sociedade. O aumento da criminalidade e a procedente falta de segurança pública não passa despercebida à toda população.

Até mesmo órgãos internacionais estão preocupados com a situação em que vive o sistema prisional brasileiro. Prova disso foram as recentes rebeliões ocorridas nos presídios em Amazonas, Roraima e em outros estados brasileiros, que motivaram a apresentação de denúncia contra o Estado Brasileiro frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

1.2 DE QUEM É A RESPONSABILIDADE?

As acusações sobre a responsabilidade pela falência do sistema prisional normalmente são atribuídas aos três poderes.

Ao Poder Legislativo, diz-se que a influência da mídia e da opinião pública em relação aos apenados, em sua maioria negros e pobres, cria um chamado "ponto cego legislativo". Isso se deve a própria formação brasileira, de origem escravocrata e patrimonialista.

Aliado a esse fato, temos uma sociedade que está cansada da violência e da impunição. Culpa-se os detentos por todo o mal que lhes acometem, mas esquece que os grandes culpados são os Poderes Públicos que não investem em educação, trabalho, segurança etc. Além do mais, temos um Código Penal ultrapassado, insuficiente para lidar com as atuais situações vivenciadas em nossa sociedade.

Ao Poder Executivo, por sua vez, a acusação é de omissão. Faltaria a implementação de políticas públicas e critérios mais eloquentes na alocação dos recursos orçamentários.

Ao Poder Judiciário, por fim, alega-se falta de assistência judiciária nos presídios, demora na tramitação dos processos e inobservância do direito à audiência de Custódia, previsto

nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 na Convenção interamericana de Direitos Humanos.

A conclusão a que se chega é a de que a responsabilidade não é somente de um único e exclusivo Poder.

Há problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. As leis não são observadas e não há qualquer tentativa de modificação da situação existente pelo Executivo e pelo Legislativo. O Judiciário, por sua vez, ao implementar um número excessivo de prisões provisórias, acentua a superlotação carcerária.

Os direitos fundamentais funcionam como parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos, representando proteções que fogem ao livre-arbítrio dos Poderes Públicos, que não mais podem alterá-los ou suprimi-los, devendo regular suas ações em conformidade e consonância a eles (FERNANDES, 2011).

Sendo assim, podemos dizer que ao Poder Legislativo cabe elaborar normas que visam regular os direitos fundamentais que dependem de concretização legislativa, sempre com observância ao princípio da proibição do retrocesso, que impede que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação seja aniquilado ou revogado, sob pena de inconstitucionalidade.

O Poder Executivo também está vinculado à observância dos direitos fundamentais, sob pena de nulidade dos seus atos. Assim, embora haja certa discricionariedade na tomada de decisões, é forçoso reconhecer que se deve priorizar o atendimento dos direitos fundamentais.

Por fim, em relação ao Poder Judiciário, devem os órgãos judicantes agir sempre na persecução da máxima efetividade possível dos direitos fundamentais, rejeitando precedentes que desrespeitem tais direitos.

Assim, pode-se concluir pela necessidade da colaboração e do diálogo entre esses três poderes, a fim de buscar soluções para o caos em que se encontra o sistema prisional brasileiro.

2. OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DOS APENADOS

2.1 DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto, a superlotação dos estabelecimentos prisionais, juntamente com as condições físicas e psíquicas a que estão submetidos os detentos, traz uma série de violações aos direitos humanos.

À titulo de exemplo, o art. 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que "ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante". O art. 10 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos diz que "toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito, à dignidade inerente à pessoa humana"; já o art. 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral".

A Declaração Universal de 1948 foi um marco na Teoria dos Direitos Humanos. Com o seu advento, órgãos internacionais foram criados com o objetivo de promover a observância e proteção dos direitos humanos. Dentre eles, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos merecem destaque pelas ações que vêm exercendo em vários países, como o Brasil.

Em 18 de junho de 2002, a Corte Interamericana acatou pela primeira vez uma denúncia contra o Brasil. O motivo foi a superlotação e a precária estrutura física em que se encon-

travam os presos do Presídio Urso Branco (Casa de detenção José Mário Alves), localizado em Rondônia.

Desde a sua origem, o Presídio Urso Branco já violava uma série de direitos, pois foi construído com a finalidade de abrigar presos provisórios e presos definitivos, sem que houvesse qualquer separação entre eles.

A superlotação impedia que os agentes penitenciários controlassem o presídio, não havendo sequer cadeados nas celas. Como resultado, instaurou-se uma série de chacinas entre grupos rivais, com a degolação e mutilação de outros internos na presença dos seus familiares, agentes público e imprensa.

Após os fatos ocorridos, a Corte acatou a denúncia contra o Brasil, determinando ao Estado a adoção de medidas necessárias para a proteção e a integridade pessoal de todos os detentos.

Embora seja dever do Estado Brasileiro cumprir integralmente a sentença da Corte e suas decisões, fato é que posteriormente à decisão, vários outros casos de violação aos direitos dos detentos ocorreram, mostrando um total desrespeito ao determinado pela Corte.

Isso faz parte de uma constante discussão acerca da eficácia da decisão que condene o Estado em obrigações de fazer ou não fazer, uma vez não há dispositivo específico em nosso ordenamento jurídico que venha a compelir o ente ao acatamento imediato da decisão. O máximo que se teria é uma obrigação de cumprimento de boa-fé da decisão internacional.

Sem adentrar nessa discussão que não é foco desse artigo, é importante deixar claro que enquanto o Brasil não criar um elemento jurídico apropriado para concretizar obrigações dessa natureza, muitas das decisões proferidas pelos órgãos internacionais, serão em vão.

2.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não só os direitos humanos são violados, mas também os direitos fundamentais, seja em sua dimensão objetiva ou subjetiva.

A partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cabe ao Estado a tarefa de proteger direitos individuais contra ameaças externas não estatais, mas controláveis pela máquina estatal. Isto significa que o Estado é obrigado a editar leis que protejam os direitos fundamentais, tais como a vida, à integridade física e psíquica, entre outros perante o ataque de terceiros.

Neste sentido, a superlotação dos estabelecimentos prisionais e as péssimas condições a que estão expostos os detentos, viola uma série de direitos fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante e das sanções cruéis, bem como os direitos fundamentais à saúde, educação, acesso à justiça etc.

Nota-se que há uma série de deveres os quais obrigam imediatamente os Estados e que, caso violados, devem ser passíveis de compensação financeira (COURTIS, 2008).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, por exemplo, que "é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manterem em seus presídios os padrões mínimos de humanidades previstos no ordenamento jurídico", sendo assim de sua responsabilidade, "a obrigação de ressarcir os dados, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento" (RE 580252/MS).

Além de sua perspectiva de direitos subjetivos, temos a concepção dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, ou seja, como ordem axiológica e hierárquica. Neste caso, não se está diante de um direito fundamental individual, mas do sistema de direitos fundamentais, cuja

omissão na sua proteção pode gerar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, como será visto posteriormente.

2.3 ESCASSEZ DE RECURSOS E RESERVA DO POSSÍVEL

O Preâmbulo do texto constitucional declara que a Constituição deve assegurar tanto o exercício dos direitos sociais quanto dos direitos individuais. Contudo, para que isso ocorra, é imprescindível que se análise as condições político-econômicas (limites orçamentários) do Estado, pois como "sempre há custos inerentes ao exercício de direitos", sejam eles individuais ou sociais (HOLMES; SUSTEIN, 1999).

Embora aparentemente os direitos sociais custem mais ao Estado do que os direitos individuais, essa afirmação deve ser feita com parcimônia. À título de exemplo, se levarmos em conta os gastos que o Poder Público tem na manutenção dos apenados nos estabelecimentos prisionais, a fim de um lado, garantir o direito à segurança da sociedade contra esses indivíduos (gastos com policiais, armamentos, manutenção e construção de presídios) e, de outro assegurar o direito à vida, à integridade moral, física e psíquica e à segurança dos próprios presos, veremos que embora sejam direitos individuais, os custos envolvidos não são poucos.

É claro que os direitos sociais não passam desapercebidos nesse contexto. O direito à saúde e à alimentação dos apenados, por exemplo, geram um custo altíssimo ao Estado. Afirmar, porém, que esses direitos são mais caros ao Estado do que os direitos individuais, depende de um estudo empírico sobre o tema.

A limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, o limite fático à efetivação das normas de natureza programática (reserva do possível).

No RE 592.581/RS, discutia-se se, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado e de outro, a delicada situação orçamentária na qual se encontram os entes, estariam os juízes e tribunais autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul alegou que os direitos acusados de serem violados presentes na Constituição e na Lei de Execuções Criminais, seriam de cunho programático. Assim, neste caso, a reserva do possível teria a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação, mas também com o poder de disposição por parte do Administrador, o que sugere a sua discricionariedade nessa situação.

Por sua vez, o Ministério Público alegou que a decisão desconsiderou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de questões de ordem orçamentaria impedirem ou postergarem políticas públicas voltadas à implementação de direitos fundamentais.

Hoje já se sabe que os princípios constitucionais não são meras recomendações de caráter ético ou moral, mas regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais, sendo dotadas de eficácia e imediatidade. Deste modo, não há que ser falar em normas meramente programáticas no que se refere aos direitos fundamentais, sendo incabível a alegação da reserva do possível.

No que se refere à alegação da escassez de recursos, pode-se dizer que verbas para melhorar o sistema prisional não faltam. Isso porque, de um lado tem-se o contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) pela União e, de outro, a inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados.

É preciso que União e Estados conjuguem esforços para resolver o problema prisional, uma vez que há disponibilidade de verbas, faltando vontade política para aplicá-los. Aos entes federados, por exemplo, basta celebrar convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN.

Como se vê, não faltam verbas para que sejam feitas construções, reformas ou ampliações nos estabelecimentos prisionais brasileiros. A escassez aqui presente não é a "natural", mas sim a "humana" (escassez fática), ou seja, não é resultado de alguma ausência de recurso, mas sim da decisão da sociedade que não está preparada para renunciar outros bens e benefícios em detrimento dessa escassez (CALABRESI; BOBBIT, 1978).

Somos espectadores e participantes indiretos dessas escolhas, às vezes até diretos, uma vez que a opinião pública não aceita que aos gastos públicos seja dada prioridade à melhoria das instalações prisionais. Aliás, muitos acreditam que as condições desumanas a que se encontram os aprisionados consubstanciam retribuição aos crimes por eles praticados.

Assim, pelo menos em situações de normalidade, a escassez do Estado nunca é absoluta, mas moderada, de modo que a reserva do possível implicaria, em verdade, prioridades, escolhas e opções políticas quanto a distribuição de recursos (NOVAIS, 2010).

Cabe salientar que tais verbas inutilizadas, deixam de custear não somente reformas e construções dos estabelecimentos prisionais, mas também projetos de ressocialização que, inclusive, poderiam reduzir o tempo no cárcere.

Se considerarmos que o Estado gasta cerca de dois mil reais por detento, medidas como repressão ao uso abusivo da prisão preventiva, o correto funcionamento progressão das penas, a

reestruturação da Lei de Drogas e o investimento em trabalho e educação dos apenados uma vez tomadas, geraria uma considerável economia ao Estado. Esse é um raciocínio simplista, mas que muitas vezes é negligenciado.

3. DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PARA A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

3.1 PREMISSAS BÁSICAS: FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS

Como forma de contra-ataque da omissão estatal geradora de violação massiva e contínua dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional Colombiana criou um instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional, cujo fim é a proteção da dimensão objetiva desses direitos.

Deste modo, em caso de urgentes transformações na realidade social, consubstanciadas em falhas estruturais e impasses políticos em promovê-las, o juiz constitucional é chamado a cumprir o papel de garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Aqui a Corte Constitucional atua para defender não um direito fundamental individual, mas o catálogo de direitos fundamentais. Assume um papel muito mais ativo, qual seja o de formular ou contribuir à formulação de políticas públicas, bem como de assegurar sua implementação e o controle de sua execução, em um modelo coordenado de ação entre os três poderes.

Alguns pressupostos devem estar presentes na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (CAMPOS, 2016).

Primeiramente, deve-se constatar um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, ge-

neralizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. A violação deve apresentar como grave problema não apenas jurídico, mas social.

Em seguida, deve-se verificar uma omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, o que representaria uma "falha estrutural" do Estado, normalmente configurada como a ausência ou deficiência de políticas públicas.

Como terceiro pressuposto, deve-se na superação dos problemas de violação desses direitos, exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses. A responsabilidade não é única e exclusiva de um Poder, mas de todos, sendo necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou ajuste das já existentes, alocação de recursos etc.

Por fim, o último pressuposto diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que se somaria às já existentes, produzindo um "afogamento" do Judiciário.

3.2 CASO COLOMBIANO E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Inicialmente, cabe destacar que a Corte Constitucional Colombiana é considerada um "paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das mais ativistas do mundo" (CAMPOS, 2016).

Em uma de suas decisões mais conhecidas, a Corte Constitucional declarou o Estado de Coisas Inconstitucional relacionado ao quadro de superlotação carcerária e das condições desumanas dos estabelecimentos prisionais do país, particularmente das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín (Sentencia T- 153).

A Corte constatou um quadro de superlotação das penitenciárias a implicar violação massiva de um amplo conjunto de direitos fundamentais, tais como o direito à vida e à integridade física, além de uma omissão permanente do Estado e da sociedade, motivada pela falta de representação política dos presos e a indiferença dos governantes em face dessa minoria marginalizada.

Deste modo, visando a proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional Colombiana proferiu uma série de ordens dirigidas a diversas instituições, a fim de solucionar o problema da superlotação carcerária. Sem prescrever detalhes, deixou aos demais Poderes a função de dar conteúdo às políticas públicas necessárias.

Malgrado as inúmeras ordens emanadas, fato é que na prática a decisão não solucionou o problema do sistema carcerário colombiano. A Corte errou ao "proferir ordens estruturais sem estabelecer procedimentos adequados de monitoramento durante a fase de implementação" (CAMPOS, 2016).

Pode-se dizer que a falta de diálogo entre os poderes na fase da implementação dessas medidas, bem como a falta de flexibilização das medidas, impediu o enfrentamento da crise carcerária colombiana.

Em caso posterior, a Corte teve sucesso ao enfrentar o problema da "população deslocada em razão da violência urbana" (Sentencia T- 025). Preocupada com a eficácia da decisão e tenda em conta os erros cometidos no passado, a Corte proferiu "ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória". Como exemplo, monitorou as providências adotadas pelo Governo e em dez anos realizou vinte audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil.

Como se vê, o fracasso na utilização do Estado de Coisas Inconstitucional como instrumento de combate a crise car-

cerária colombiana, pode ser atribuído a forma com a qual a Corte cuidou da sua implementação e não *per si*.

Assim, ao que parece, este instrumento pode e deve ser utilizado no direito brasileiro como forma de lidar com a atual conjuntura do nosso sistema prisional, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347.

Como vimos, o sistema penitenciário brasileiro revela violação massiva e generalizado de direitos fundamentais, causado pela omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, cuja solução é a adoção de um conjunto de medidas a serem adotadas pelos órgãos públicos. Além do mais, essa situação dá ensejo a uma enxurrada de demandas, como os inúmeros pedidos de indenização moral do Estado.

O que não pode acontecer é cometer os mesmos erros da Corte Colombiana. O Supremo deverá monitorar e avaliar os resultados, principalmente por meio de audiências públicas, com a participação dos órgãos estatais envolvidos e parcelas interessadas da sociedade civil.

3.3 ATIVISMO JUDICIAL?

O ativismo judicial, legitimado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. Seus críticos acusam tais decisões de serem passíveis de arbítrio, insegurança jurídica e ilegitimidade política, além de afrontar o princípio da separação dos poderes.

Contudo, a hipótese aqui examinada não cuida de implementação direta, pelo Judiciário de políticas públicas, amparadas em normas programáticas. Pelo contrário, trata-se do cumprimento de sua principal obrigação, qual seja dar concretude aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

Como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se "se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos- jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional" (ADPF 347).

Isso não significa que ao Judiciário caberá intervir, de ofício, em todas as situações em que os direitos fundamentais correrem risco de ser violados, sob pena de se transformarem em verdadeiros administradores públicos. O que se quer dizer é que a intervenção do Judiciário somente será justificável nas situações em que se evidencie um "não fazer" comissivo ou omissivo por parte do Poder Executivo, colocando em perigo, os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Não se trata de substituição dos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis a atuação de cada qual, com o fim de afastar o estado de inércia e a deficiência estatal permanente.

Ao Poder Judiciário cabe formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem postas em prática pelos outros Poderes, cabendo-o monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos. Por sua vez, aos Poderes Executivo e Legislativo cabem escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades.

Foi neste sentido que o Supremo Tribunal Federal, com acerto, declarou que "é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral".

Embora estejamos diante de um ativismo, este é estrutural, ou seja, diz respeito à forma com a qual o Judiciário se

comporta diante das decisões prévias ou da inércia dos outros poderes. Se isso é legítimo ou não, só o caso concreto irá dizer (CAMPOS, 2016).

CONCLUSÃO

Esse artigo não buscou o esgotamento do tema, mas teve como objetivo ilustrar o atual cenário dos presídios brasileiros, marcado por constantes violações aos direitos fundamentais e humanos dos apenados. Vimos que não é possível a alegação da reserva do possível quanto se trata de direitos fundamentais, bem como o princípio da separação dos poderes deve ser relativizado, dando espaço a um "constitucionalismo cooperativo".

Uma vez que a responsabilidade pela crise do sistema prisional brasileiro deve recair sobre os três poderes, nada melhor que um instrumento como o Estado de Coisas Inconstitucional para combatê-lo, já que as sentenças estruturais, próprias do Estado de Coisas Inconstitucional, buscam promover a colaboração harmônica e deliberativa entre os poderes em torno de um objetivo comum: superar o quadro de inconstitucionalidades.

Além do mais, esse instituto tem outra vantagem. Por meio dele, chama-se a atenção dos poderes para os direitos dos grupos minoritários, marginalizados pela sociedade. Talvez essa seja a única forma de políticas públicas como a construção e reforma de presídios, fazerem parte da agenda política dos governantes.

Vale lembrar que não basta nosso país possuir um ordenamento jurídico dotado de direitos fundamentais se estes não são efetivados. Uma Constituição escrita somente será boa e duradora quando corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores reais e efetivos do poder que regem o país, caso contrario será uma "mera folha de papel", sem qualquer poder normativo (LASSALE, 2002).

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347 MC/DF**. Disponível em: < http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf > . Acesso em: 2mai.2017.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 641.320/RS**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente = 4076171&numeroProcesso = 641320&classeProcesso = RE&numeroTema = 423 > . Acesso em: 10mai.2017.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 635.659/SP**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente = 4034145&numeroProcesso = 635659&classeProcesso = RE&numeroTema = 506 > . Acesso em: 18mai.2017.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 580252/MS**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente = 2600961 > . Acesso em: 18mai.2017

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 592.581/RS.** Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf > . Acesso em: 18mai.2017

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < www.cnj.jus.br > . Acesso EM: 29mai.2017

CALABRESI, G e BOBBIT. **Custo dos Direitos e escolhas trágicas**. New York: WW. Norton e Company, 1978.

CAMPOS, C. **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**. SALVADOR: Editora JusPODIVM, 2016.

COURTIS, C. **Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais**: uma breve exploração. In. Critérios de justiciabilidade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

FERNANDES, B. **Curso de Direito Constitucional**. 3 edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 20 edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

HOLMES, S. e SUSTEIN, C. **The Cost of Rights.** New York: WW. Norton e Company, 1999.

LASSALE, F. **O que é uma Constituição**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

NETO, H. **O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In. Direitos humanos e democracia inclusiva. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVAIS, J. **Direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ÉTICA NO ATENDIMENTO EM SAÚDE DA COMUNIDADE DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (LGBTT)

Denison Melo de Aguiar
Adriana Almeida Lima

INTRODUÇÃO

O atendimento clínico à comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTT) deve se valer dos Direitos e Garantias Fundamentais do Ordenamento jurídico Brasileiro. Neste sentido, o objetivo geral desta pesquisa é descrever as condutas éticas no atendimento da comunidade LGBTT e suas implicações jurídicas. Delimitou-se ao atendimento da transexual, ou seja, da pessoa que possui um sexo biológico incompatível com seu sexo psicológico (GUIMARÃES JR, 2010; SCHRAMM, *et all,* 2011). A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental.

O caso paradigmático deste estudo está relacionado à violação do atendimento à saúde da comunidade LGBT. Em 2014, uma transexual foi requerer para ser atendida por um ginecologista e este recusou o atendimento de uma maneira preconceituosa e discriminadora. Em decorrência desta postura, a

transexual processou o médico e este foi condenado a pagar indenização por danos morais (G1, 2014), fatos estes recorrentes anos depois, por exemplo, em 2016, ao recusar atender uma transexual de maneira preconceituosa e discriminadora, a Polícia foi acionada e médico foi preso em flagrante delito (Muller, 2016). Diante deste contexto, alguns entes federativos começaram uma prática de desenvolvimento de atendimento à saúde das transexuais especializadas, criando ambulatórios para tal, a título de exemplo, no Mato Grosso do Sul (CREMEPE, 2017).

Diante destes fatos, pode-se afirmar que, o sistema social, para explicar e entender a sexualidade humana tem como base o Sistema Sexo-gênero e do Cis-gênero, no qual o sexo biológico determina o sexo psicológico (GUIMARÃES JR, 2010; SCHRAMM, *et all,* 2011). No entanto, na complexidade social, o sexo biológico pode se opor sexo psicológico, em especial, em decorrência do Direito à dignidade da pessoa humana, que possibilita cada ser humano se auto-determinar e se auto-reconhecer, na sua própria individualidade. Assim sendo, a formação médica centrada na lógica heternomativista não corresponde aos anseios da sociedade, especificamente, da comunidade LGBTT.

Esta lógica tem como parâmetro o sexo biológico, o que pode ser motivo de desrespeito à Dignidade da Pessoa Humana, em relação às transexuais. Nestes termos, o que determina a sociedade, seria "Ordem Natural" e biológica do ser humano. Onde, "A atuação profissional fundada nos moldes da heteronormatividade apresenta-se como fator limitante da atenção de qualidade, sendo associada até mesmo ao adoecimento, razão pela qual também deve ser considerada como ponto de partida dos dilemas éticos" (grifo nosso) (SANTOS *et all*, 2015). Fato este que, a mudança de paradigma é imperiosa para uma promoção de atendimento à saúde das transexuais, valendo-se da

dignidade da pessoa humana e não somente do atendimento à saúde sem parâmetros o respeito à esta.

Diante desta realidade, Schramm *et all* (2011) propõe um problema ético. O atendimento à saúde das transexuais com preconceito e discriminação não pode ser um parâmetro no atendimento seja de quem for, independentemente da natureza sexual de cada indivíduo, pois os direitos e garantias fundamentais são para todos. Desse modo, o atendimento à comunidade LGBTT, não poderia ser uma necessidade, pois o acesso é para todo cidadão.

Mesmo fazendo tais ponderações, Schramm *et all* (2011) propõe o seguinte problema ético, dentro deste contexto:

> Quais são os aspectos particulares identificáveis no "fenômeno da transexualidade" ou, melhor dito, na prática da transexualização, capazes de torná-la um objeto abordável pelas ferramentas conceituais e práticas da bioética, a fim de esclarecer e ajudar a resolver eventuais conflitos morais envolvidos?

Esta realidade é criticada por Schramm *et all* (2011), pois pondera que, se há um problema ético no atendimento à comunidade LGBTT, está no fato de a sociedade ser machista, preconceituosa e discriminadora. Desse modo, a solução desta realidade social, estaria numa modificação social conjuntural, pois "(...) poderíamos afirmar que não existe problema específico, exceto, talvez, o problema, mais geral, dos próprios *pré-conceitos* que historicamente acompanharam a sexualidade humana e as relações nela historicamente estabelecidas pelos humanos" (grifo nosso). Onde a sociedade, por ser cis-gênero é possui tais posturas que desrespeitam os direitos e garantias fundamentais das transexuais.

1. CONTEXTO SÓCIO-JURÍDICO

Para se resolver este problema social, o arcabouço jurídico no ordenamento brasileiro já possui um contexto sócio-jurídico para a proteção dos Direitos e Garantias fundamentais também para a comunidade LGBTT.

Santos *et all*, (2015), descreve que a Constituição de 1988 (BRASIL) define no artigo 5º , os direitos e garantias fundamentais, que é aplicado a todo ser humano, indistintamente; Lei n. 8080/1990 (BRASIL), do qual determina que as ações e serviços públicos de saúde serão realizadas conforme o princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; Brasil sem homofobia, de 2004 (BRASIL), da qual trata de um programa de combate à violência e à discriminação contra LGBT e promoção da cidadania de homossexuais; Carta dos Direitos dos usuários da saúde, de 2007 (BRASIL), do qual determina princípios sobre a aplicação de legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Ele cita ainda a Política Nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, de 2010 (BRASIL), onde define as especificidades da atenção LBGTT, no qual diz respeito ao processo saúde-doença.

É importante enfatizar que a Constituição Federal no seu art.5º, dedica-se também como regra geral aos direitos e garantias sociais, com determinação diretamente relacionada a saúde. De acordo com Barreto Júnior e Pavani (2013) o Poder Constituinte de 1988 reconheceu, sob a denominação de direitos sociais, um conjunto híbrido e abrangente de direitos designados de fundamentais pelo Título II da Constituição Federal. Dentre estes, o direito à saúde é parte que integra o rol desses direitos sociais. A saúde é estabelecida como um direito universal que deve ser garantido pelo Estado.

Assim, o Sistema Único de Saúde (SUS), institucionalizado pela Lei Federal nº 8.080, em 1990, Lei Orgânica da Saúde (LOS), possui, como princípios, a universalidade de acesso aos serviços de saúde e a integralidade da assistência, cabendo a ele a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º). Ambas, a Constituição Federal e a Lei Federal nº 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, definem o objeto do direito à saúde incorporando o conceito da Organização Mundial da Saúde: "[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos".

Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu o direito à saúde como um direito social (art. 6º), entre os direitos e garantias fundamentais. Da mesma forma, instituiu o art. 194 incluindo a saúde no sistema de seguridade social do Brasil, ao lado dos arts. 196 a 201 da CF/88 que, por sua vez, fixaram uma estrutura política complexa e abrangente para o sistema de saúde brasileiro. Em consonância com o preceito constitucional, a Lei nº 8.080, em 1990, Lei Orgânica da Saúde, deu ressonância a vários princípios constitucionais e estabeleceu, no art. 2º, que a saúde é um direito fundamental. No mesmo sentido, o art. 7°, II, prenunciou a assistência integral como conjunto articulado de ações e serviços públicos que propiciem aos indivíduos e à coletividade atenção eficiente e adequada em todos os níveis de complexidade do sistema.

De outro lado, assinala-se que a expressão "direito de todos e dever do Estado" contém em seu bojo pretensão universalizante desse direito, portanto entrega ao Estado a responsabilidade pela saúde. O Supremo Tribunal Federal, sensível aos princípios consagrados no texto Constitucional, por meio do ministro Celso de Mello, em suas palavras, admite que

"[...] o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da república (art. 196)". Acrescenta ainda a responsabilidade do Poder Público na formulação e na implementação de políticas públicas com o objetivo de garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica, médico-hospitalar e completa:

> [...] O direito à saúde – direito fundamental – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, [...], em grave comportamento inconstitucional (BRASIL, 2006).

Em 2004, o governo federal, através da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), no âmbito do Programa Direitos Humanos, Direitos de todos, propôs o Programa Brasil Sem Homofobia (BSH). Tinha como objetivo "promover a cidadania" GLBT, a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a especificidade de cada um desses grupos populacionais" (CONSELHO, 2004). O programa se desdobra em 53 ações, divididas em 11 eixos, das quais são elaboradas em consonância com os direitos sociais permitidos pela Constituição Federal de 1988.

Neste ponto, os direitos sociais a saúde, são universais como preceitos fundamentais e a todos de forma igualitária deve ser aplicado, por este motivo foi formalizado em 2004 pelo Conselho Nacional Nacional de Combate à Discriminação, um comitê técnico "Saúde da População de Gays, Lésbiscas, Transgêneros e Bissexuais", que estrutura a Política Nacional de Saúde para essa população. As propostas apresentadas devem ter atenção a:

i) atenção especial à saúde da mulher lésbica em todas as fases da vida;

ii) atenção a homossexuais vítimas de violência, incluindo a violência sexual;

iii) atenção a saúde dos homossexuais privados de liberdade;

iv) promoção da saúde por meio de ações educativas voltadas a população GLTB,

v) estabelecimento de parceria e participação de usuários GLTB e do movimento organizado na definição de políticas de saúde específicas para essa população;

vi) discussão com vista na atualização dos protocolos relacionados às cirurgias de adequação sexual;

vii) atenção à saúde mental da população.

Apoiar a implementação de condições para produção e acesso ao conhecimento científico sobre saúde e sobre outros aspectos da população LGBTT por meio de:

i. Desenvolvimento de estratégias para a elaboração e execução de estudos que permitam obter indicadores das condições sociais e de saúde da população LGBTT;

ii. Desenvolvimento de estratégias para a elaboração e execução de estudos que permitam obter indicadores das condições sociais e de saúde da população LGBTT;

iii. Implementação de Centros de Informação (observatórios) que possam gerenciar estudos de saúde sobre e para a população LGBTT com capacidade de processamento, análise e divulgação de informações desta natureza;

iv. Apoiar os investimentos na formação, capacitação, sensibilização e promoção de mudanças de atitudes de profissionais de saúde no atendimento.

iv. Desenvolver, em parceria com o Ministério do Trabalho, programa de sensibilização de gestores públicos sobre a importância da qualificação profissional de gays, lésbicas e travestis, nos diversos segmentos do mundo do trabalho, contribuindo para a erradicação da discriminação.

A compreensão de Weeks (1986) sobre o caráter social da sexualidade e dos direitos sociais, sendo estas construída como todas as outras esferas da vida, através de arbitrariedades, moralismos e convenções históricas, que vão se naturalizando e universalizando, criando hierarquias de normalidades e aceitação social. Problematiza-se os limites da política indenitária do movimento LGBTT, na medida em que essas percepções naturalizadas são incapazes de questionar radicalmente as normativas de gênero e sexualidade.

No campo das políticas sociais, essa perspectiva poderia possibilitar a elaboração de políticas sexuais que se aproximassem da efetiva democracia sexual, embora insuficiente para construção de outro projeto societário, mas possivelmente uma alternativa primária na defesa dos direitos humanos dessa população.

Com a atuação em destaque dos movimentos sociais, com relação a comunidade LGBTT, foi possível inseri-las ao contexto social da Carta dos direitos dos usuários da saúde (BRASIL, 2007) uma vez que o objetivo geral está definido no contexto de que toda pessoa tem direito ao acesso a bens e serviços ordenados e organizados para a garantia da promoção, da prevenção, da proteção, do tratamento e da recuperação da sua saúde; todos têm direito ao tratamento adequado e no tempo certo para resolver o seu problema de saúde;

direito ao atendimento humanizado, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, acolhedor e acessível a todas as pessoas; deve ter seus valores, sua cultura, sua crença e seus direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, a responsabilidade para que seu tratamento e sua recuperação sejam adequados e sem interrupção; que todos tenham direito à informação sobre os serviços de saúde e as diversas formas de participação da comunidade; que todos tenham direito a participar dos conselhos e das conferências de saúde e de exigir que o gestor federal e os gestores estaduais e municipais cumpram os princípios Carta.

Além do que a Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011 (BRASIL), institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT, com efeito integrador do art. 196 da CF/88, com este fator foi intensificado pela descrição geográfica da distribuição de recursos humanos e de ações e serviços de saúde ofertados pelo SUS e pela iniciativa privada, considerando-se a capacidade instalada existente, os investimentos e o desempenho aferido a partir dos indicadores de saúde do sistema (Decreto nº 7.508/2011) (BRASIL). Portanto, o plano insere-se na dinâmica do SUS, por meio de estratégias de gestão solidária e participativa, considerando que a integralidade das ações depende da atuação de equipes interdisciplinares, prestando serviços de forma contínua às pessoas no seu contexto e atuando na qualidade de vida, na promoção da saúde, na prevenção, vigilância em saúde, na atenção básica e atenção especializada, incluindo, as ações de urgências e emergências.

Além de outros critérios utilizados é possível identificar que Acesso da população LGBTT à Atenção Integral à Saúde. Este eixo trata da adoção de mecanismos gerenciais e de pla-

nejamento para a promoção de equidade em saúde de grupos em condições de vulnerabilidade, no seguinte: i. a instituição de espaços de promoção de equidade em saúde; produção de informação e comunicação em saúde; ii. desenvolvimento de estratégias voltadas para a implementação de ações Inter setoriais, com interfaces nas questões de saúde desta população, por meio da articulação com os órgãos corresponsáveis; iii. estímulo à participação do movimento social LGBTT nos conselhos e conferências de saúde, respeitando-se a Lei nº 8.142/90; iv. aperfeiçoamento dos sistemas de informação, inserindo os quesitos orientação sexual e identidade de gênero e a realização de estudos e pesquisas sobre a situação de saúde dessa população.

Especificando mais ainda, é possível destacar-se que há o monitoramento e avaliação das ações de saúde à comunidade LGBTT. Nesta, há ações de Promoção e Vigilância em Saúde à comunidade LGBTT, bem como educação permanente e educação popular em saúde com foco na população LGBTT, ou seja, há vários critérios definidos para a proteção constitucional dos direitos da população LGBTT, construído a partir de uma base histórica que se originou nos auspícios da Constituição Federal de forma inclusive histórica que não trouxe definição especifica para a sociedade em geral. O objetivo, assim é trazer consigo critérios de igualdade na orientação de atendimento a todos que necessitam de saúde para sobreviver e ter principalmente acesso ao sistema sob a permissão de várias orientações normativas que especificam as nomenclaturas necessárias para o devido cuidado com a população LGBTT.

Diante deste quadro legal, a homossexualidade se mostra como um fator social de mudança de paradigma social. Santos *et all,* (2015) assim descreve:

> A homossexualidade, ao romper com o que está posto como **normal** e **socialmente aceito**, suscita desde

> sempre questionamentos não só no meio acadêmico, na busca da compreensão de sua gênese, mas também nas relações dessa esfera com a **sociedade em geral**. Perceber e aceitar o **diferente** causa certa desestabilização nas ideias das pessoas, em especial quando se está engessado por **padrões culturais e sociais** sem a preocupação de lançar o olhar ao novo ou simplesmente ao que se considera diferente" (grifo nosso).

Portanto, a sexualidade humana ainda continua a ser um tabu social, com bem mais complexidade, em decorrência dos preconceitos e discriminações culturalmente enraizados na lógica heteronormativa. O atendimento à saúde deve acompanhar as modificações sócias como parâmetro para promoção do direito à saúde. Promover uma atendimento à saúde para todos é também uma forma de promover os direitos e garantias fundamentais de todo cidadão.

2. BIOÉTICA PRINCIPIALISTA

Entende-se como Bioética principalista, a bioética que trabalha o modo de proceder no atendimento à saúde. Segundo Ross, os deveres *prima facie* podem ser categorizados como:

> 1. Deveres para com os outros devido a atos prévios consigo mesmo:
>
> • Fidelidade (manter as promessas).
>
> • Reparação (compensar as pessoas por danos ou lesões causadas).
>
> • Gratidão (ser grato às pessoas pelos benefícios que nos conferiram).
>
> 2. Deveres para com os outros não baseados em ações prévias:

• Beneficência (ajudar aos outros em necessidade).

• Não Maleficência (não causar danos a outros sem uma razão poderosa).

• Justiça (tratar os outros de forma justa).

3. Deveres para consigo mesmo:

•Aprimorar-se física, intelectual e moralmente para alcançar o seu pleno potencial.

Neste sentido, a ética principialista tem seus princípios em estreita relação com os grupos de deveres acima citados. Dentre este, o respeito à autonomia fundamenta-se no primeiro grupo, e os outros três princípios estabelecem-se a partir das premissas do segundo grupo.

Santos Reis (2006) ao tratar da ética Principialista defende que:

> o modelo *principialista* deva ser complementado em sua estrutura interna. Entretanto, a análise da possibilidade de adição de um "quinto princípio", aos quatro apresentados, originalmente, pela proposta principialista, irá requerer um aprofundamento à parte, o que não fará parte desta dissertação. Tampouco será explorada neste texto a idéia de um possível, ou até mesmo necessário, *metaprincípio* que pudesse suprir a lacuna acerca do critério a ser adotado na escolha de princípios. O recurso *prima facie* é um interessante *mecanismo* que relativiza os princípios entre si, mas não oferece base para uma formulação *precisa*, a partir da qual se possam *derivar* regras complementares

Diante deste contexto sócio-jurídico, a bioética principialista pode ser um instrumento para atenuar e reeducar os profis-

sionais da saúde numa lógica humanitária, e não, heteronormativa. Vale salientar que, os direitos e garantias fundamentais devem ser promovidos para todos e qualquer cidadão e ser humano, pois a base do atendimento pode ser o defendido por Lévinas (1993), onde afirma que o referencial humano deve ser: "um-para-o-outro"; "sair-de-si-para-o-outro" e "eu compreendo o ser em outrem", quando nesta lógica o ser humano, se coloca no lugar do outro, o tratando de forma humana. Neste mesmo sentido, Santos *et al*, (2015) afirma que: "(...) compreender inclui, necessariamente, um processo de empatia, de identificação e de projeção. Sempre intersubjetiva, a compreensão pede abertura, simpatia e generosidade".

Assim sendo, pode-se seguir os preceitos dos Quatro princípios fundamentais da bioética principialista. Estes são:

I. beneficência, onde o profissional de saúde deve atender para beneficiar o enfermo;

II. justiça, onde o atendimento deve ser feito de acordo com as necessidades, de acordo com cada caso específico;

III. não maleficência, ou seja, o atendimento deve ser feito de forma a não prejudicar os enfermos e o mais importante no caso das transexuais,

IV. respeito à autonomia, onde deve ser respeitado a sexualidade humana de cada indistintamente da subjetividade do profissional de saúde (SANTOS *et all,* 2015).

Ao se tratar do princípio do respeito à autonomia, importante destacar ao profissional da saúde, de acordo Santos, *et all* (2015), o seguinte:

> Do ponto de vista ético, sabe-se **que o profissional da saúde deve eximir-se de externar qualquer**

> **forma de JUÍZO DE VALOR em sua relação com o usuário**. Nesse sentido, julgamentos de cunho moral e religioso, além de serem contraproducentes no trabalho clínico, especialmente (mas não só) com a população LGBT (...), geralmente incitam **a estigmatização e discriminação**, constituindo, assim, mais uma forma de preconceito; com a diferença de que vêm disfarçados por trás de uma **pseudo-neutralidade-científica** (grifo nosso).

Cabe aqui, destacar que o direito à intimidade que envolve a sexualidade humana é um direito intrínseco a cada ser humano e não deve ser desrespeitado seja por quem quer que seja, inclusive profissional da saúde. Este direito, deve ser uma prática humana de qualquer profissional, incluindo os profissionais de saúde. Portanto, os profissionais de saúde também podem ser promovedores dos Direitos à comunidade LGBTT, no Âmbito de sua competência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desta realidade, pode-se afirmar que a subjetividade pessoal e objetividade profissional podem ser separadas no momento de atendimento da comunidade LGBTT, para que não haja a violação de Direitos e garantias fundamentais das transexuais. Infelizmente, este parâmetro o contexto de discriminação e preconceito institucionalizado na sociedade como um todo, mas isso não justifica sua promoção ou prática. A priori, a violação a estes direitos não deve ocorrer, em especial, por profissionais de saúde.

A individualidade daqueles que atendem não pode ser um exercício da violação dos Direitos e Garantias Fundamentais, seja de quem for. Neste ínterim, há de se ter a necessidade urgente de mudar a formação dos profissionais de saúde, numa formação também humanitária, e não somente da promoção da saúde bio-

lógica. Nestes termos, a atuação profissional baseada na bioética principialista pode ser interpretada como estratégia para a superação de juízos de valor na conduta dos profissionais da saúde.

A Comunidade LGBTT é um grupo excluído e em processo de empoderamento da sociedade como um todo. Como um grupo social, que é vítima de violações de direitos e garantias, estes reagem pela consolidação de seus Direitos e Garantias individuais. Portanto, a Comunidade LGBTT luta pelo reconhecimento de seu pertencimento à humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco e Pavani, Miriam. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. **R. Dir. Gar. Fund.** Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013,

BRASIL STF. **RE 393175.** AgR /RS – RIO GRANDE DO SUL: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 12-12-2006 Publicação DJ 02-02-2007 PP – 00140. EMENT VOL – 02262-08PP-01524. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758691/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-393175-rs>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Carta dos Direitos dos usuários da saúde.** 2007. Disponível em:< http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_direito_usuarios_2ed2007.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia**: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção mda cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cci-

vil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.508/2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** (BRASIL) Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais**. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. 1. ed., 1. Reimp. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Política Nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.** 2010. Disponível:< http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRASIL. **Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011**. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a

Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT). Disponível em: < https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjekrHYrJ3UAhUGi5AKHfzPD2QQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fbvsms.saude.gov.br%2Fbvs%2Fsaudelegis%2Fgm%2F2011%2Fprt2836_01_12_2011.html&usg=AFQjCNEAerDvOg4lb0wN-im4bPtEl-3VtQA>. Acesso em: 30 maio 2017.

CREMEPE. HU terá o primeiro ambulatório de redesignação sexual de MS. **CREMEPE.** 2016. Disponível em: <http://cremepe.org.br/2016/11/07/huteraoprimeiroambulatorio-deredesignacaosexualdems/>. Acesso em: 30 maio 2017.

G1. Transexual ganha processo contra convênio que negou ginecologista notícias em Pará. **G1**. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2014/02/transexualganhaprocessocontraconvenioquenegouginecologista.html>. Acesso em: 30 maio 2017.

GUIMARÃES JÚNIOR, Anibal Ribeiro; BARBOZA, Heloisa Helena Gomes e SCHRAMM, Fermin Roland. O Protocolo clínico saúde integral para travestis vis à vis o processo transexualizador no atendimento de necessidades e especificidades dessas populações: reflexões à luz da bioética. **Fazendo Gênero 9.** Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. 23 a 26 de agosto de 2010.

LÉVINAS, E. **Humanismo do Outro Homem.** Petrópolis: Vozes, 1993.

MULLER, Joselito. Ginecologista se recusa a atender travesti e é preso em flagrante por homofo-

bia. Joselito Muller. 2016. Disponível em: <http://www.joselitomuller.com/ginecologistaserecusaatendertravestieepresoemflagranteporhomofobia/>. Acesso em: 30 maio 2017.

ROSS, W.D. **The Right and The Good**. Oxford: Oxford University Press, 1930.

SANTOS REIS, Helman Telles Dos. **A ética principialista como modelo na assistência à saúde humana. Dissertação.** Programa de Pós-Graduação em Filosofia, da Universidade Federal de Santa Catarina. Brasil. 2006. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj-lPTUiJ3UAhWDlJAKHe2sBTYQFggyMAI&url=http%3A%2F%2Fsites.unifra.br%2FPortals%2F1%2FARTIGOS%2Fnro_06%2FSOLANGE.pdf&usg=AFQjCNHwBi4gVm3QDyGjK36iTGjH9uMNBQ&sig2=Jk6_3DQbcH3ROZgPmcVfdQ>. Acesso em: 30 maio 2017.

SANTOS, Adilson Ribeiro dos; SANTOS, Rose Manuela Marta; SOUZA, Marcos Lopes de; BOERY, Rita Narriman Silva de Oliveira; SENA, Edite Lago da Silva e YARID, Sérgio Donha. Implicações bioéticas no atendimento de saúde ao público LGBTT. **Rev. bioét. (**Impr.). 2015; 23 (2): 400-8.

SCHRAMM, Fermin Roland; BARBOZA, Heloisa Helena e GUIMARÃES, Anibal. A Moralidade da Transexualidade: Aspectos Bioéticos e Jurídicos. **Revista Redbioética/UNESCO.** Año 2, 1(3), 66-77, Enero-junio 2011.

WEEKS, Jeffrey. **Sexuality and its Discontents**: meanings, Mythsand Modern Sexualities. London: Routledge and Kegan Paul, 1986.

ANÁLISE DOCUMENTAL DO ESTADO ATUAL DE ACESSIBILIDADE NAS ESCOLAS PÚBLICAS E UNIDADES DE EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE MOSSORÓ/RN

Diego Machado Monnerat

INTRODUÇÃO

Segundo a Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência (2012), o estado do Rio Grande do Norte possui a maior incidência de pessoas com deficiência (27,76%), bem acima da média nacional (23,9%), com o Nordeste como a região com os maiores índices nacionais, uma tendência que se mantém desde o Censo de 2000, sendo aqui avaliados, além das características físicas, a percepção das pessoas sobre a organização do ambiente social que as envolve (2012, p. 10-11). Em outras palavras, a pessoa com deficiência possui sua condição afetada pelo ambiente à sua volta, o que condiciona sua capacidade de desenvolver-se como pessoa.

Tendo como pano de fundo o quadro acima, crianças e adolescentes com deficiência merecem atenção especial, sobretudo em idade escolar. O Relatório Mundial sobre a De-

ficiência (2011), elaborado pela World Health Organization e The World Bank, indica que crianças com deficiência têm menos probabilidades de começar a escola, além de baixos índices de permanência e aprovação, sendo que 50,6% dos homens completam o ciclo fundamental, contra apenas 41,7% de mulheres com deficiência.

Assim sendo, torna-se claro que as barreiras físicas afetam diretamente o desenvolvimento das pessoas com deficiência. As barreiras físicas estão entre os grandes problemas de acessibilidade e de permanência nas escolas de crianças e adolescentes com deficiência. Essas pessoas com deficiência "enfrentam dificuldades para se deslocar até a escola [...]. Mesmo sendo possível chegar até a escola, podem haver pode haver obstáculos [dentro dos estabelecimentos de ensino]" (2011) que obstaculizam sua permanência.

A consideração holística das dimensões que afetam uma pessoa com deficiência, o que vai além da deficiência em si, é essencial para a real promoção de condições para o desenvolvimento de suas liberdades. Com relação às crianças e adolescentes em período escolar, atenção maior deve ser disponibilizada, pois o momento é essencial à sua existência como pessoas dignas. A invisibilidade destas pessoas em locais com grandes mazelas sociais, como o interior potiguar, torna a situação ainda mais complexa.

Mossoró, município do interior do Rio Grande do Norte com aproximadamente 292 mil habitantes segundo o IBGE, possui um grave quadro de invisibilidade social das pessoas com deficiência e dos problemas que as acometem, o que se intensifica com relação às crianças e adolescentes com deficiência e em idade escolar.

A legislação nacional e internacional, tratados e documentos de direitos humanos, reiteram a necessidade de compro-

metimento governamental, em todas as esferas, na promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, neste caso específico na garantia ao direito à educação e acessibilidade de crianças e adolescentes com deficiência.

Ocorre que o município de Mossoró/RN, como muitos municípios das regiões de interior do Brasil, é incipiente em termos de medidas e políticas públicas neste sentido. Em muitos casos, os direitos humanos de pessoas com deficiência se encontram no discurso da administração pública, todavia mais utilizado como argumento de plataformas eleitorais e recurso retórico do que como substrato de políticas públicas. A situação se agrava a partir do momento em que a legislação municipal é omissa em uma série de pontos acerca do direito à educação e acessibilidade de crianças e adolescentes com deficiência, o que demonstra que não há tentativa efetiva de purgar a invisibilidade social desta parte da população e promover a perspectiva do modelo social da deficiência, como conclamam a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei 13.146/15.

Tem-se aqui alguns exemplos: A Lei Orgânica Municipal de Mossoró/RN não tem qualquer menção a termos ou expressões como 'acessibilidade', 'inclusão social' ou 'pessoa com deficiência'. O Plano Diretor e o Código de Obras, Posturas, Edificações e Posturas utilizam expressões como "direito à cidade", mas sem dar margem a materialização de medidas nesse sentido, pois 'direito à cidade' envolve não só ações positivas do município, mas também a elaboração de políticas públicas e projetos pedagógicos consistentes para que a população colabore para a promoção destes direitos. Nota-se também que os artigos que mencionam termos como 'acessibilidade' o fazem da seguinte maneira "de acordo com a legislação de acessibilidade", como é o caso do artigo 66 do Código de Obras. Apesar da apresentação da temática, não se vislumbra nestes

documentos elementos que deem efetividade às diretrizes de acessibilidade, o que se torna claro na descrição do eventos e resultados dos tópicos ulteriores.

A esta avaliação de documentos oficiais ainda se unem os resultados de pesquisa realizada por Cínthia Simão de Souza e Maria do Perpétuo Socorro Rocha Sousa Severino (2011), onde avaliou-se o índice geral de acessibilidade no município de Mossoró. As pesquisadoras constataram que as medidas empreendidas pelos gestores municipais, além de ínfimas numericamente perto da demanda, estão em desacordo com as normas técnicas da ABNT,

> contemplando-a como uma cidade inacessível, reflexo da não prioridade do poder executivo municipal, da 'omissão', 'lentidão' e 'pouco rigor' nas ações que implementa e no cumprimento da legislação, urge, pois, avançar, na conjugação concomitante entre planejamento e intervenção na direção da acessibilidade (SOUZA; SEVERINO, 2011, p. 707-708).

O presente artigo busca, por meio da descrição da situação de acessibilidade nos estabelecimentos de ensino municipais de Mossoró, alertar sobre um quadro que se reitera nos municípios brasileiros, sobretudo nos de população com maior vulnerabilidade como no oeste potiguar: a invisibilidade de determinada população e de seus problemas sociais, no caso a grave situação da acessibilidade física às escolas municipais e unidades de ensino infantil do município de Mossoró/RN.

Mostrar-se-á, por meio de análise de documentos obtidos junto à 15ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mossoró/RN, os eventos que demostram que a solução dos problemas que levam a obstaculização do direito à educação e acessibilidade de crianças e adolescentes com deficiência não é prio-

ridade da administração pública municipal, mesmo com uma série de flexibilizações de cronogramas pré-estabelecidos e prazos para tal, bem como com a avaliação somente de 10 (dez) em um universo de 99 (noventa e nove) estabelecimentos de ensino municipais que necessitam de adaptação.

1. HISTÓRICO

Em 2012, o Inquérito Civil Público nº 06.2005.000079-0 avaliou as condições e laudos de acessibilidade de algumas escolas públicas municipais[6]. Este procedimento administrativo deu margem ao ICP nº 06.2012.00002716-9, este que tinha por objetivo "promover diligências investigatórias, propor soluções extraprocessuais, ou ajuizar a ação judicial adequada"[7] sobre as condições de acessibilidade dos estabelecimento de ensino municipais do município de Mossoró/RN. A ampliação do escopo de fiscalização pelo MP ainda foi reforçada por denúncias anônimas presenciais[8].

Em 22 de maio do 2013 fora realizada audiência extrajudicial na 15ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mossoró/RN (15ª PmJM), com a presença da Secretária Municipal de Educação. Ficou acordado que a Prefeitura encaminharia, no prazo de 20 dias, "[...] levantamento acerca da situação das escolas relacionadas nos presentes autos [...]". A relação foi enviada pela Prefeitura no dia 11 de junho do mesmo ano [9], onde poucas informações consistentes foram apresentadas.

Em 11 de fevereiro e 25 de março de 2014 foram realizadas duas novas audiências extrajudiciais, estas com representantes da Prefeitura de Mossoró/RN e da 15ª PmJM[10], para discutir a

6. ICP nº 06.2012.00002716-9, fls.02.
7. Ibid, fls. 10.
8. ICP nº 06.2012.00002716-9,fls.16.
9. ICP nº 06.2012.00002716-9, fls. 25-20.
10. Ibid, fls.384 e 450-451.

urgência da adequação dos estabelecimentos de ensino, à época 99, sendo 38 Unidades de Educação Infantil e 61 escolas. A Prefeitura relacionou suas dificuldades na realização das reformas necessárias, "sobretudo pelo grande número de prédios antigos ou alugados e diante das limitações orçamentárias e financeiras do Poder Público para adotar todas as medidas necessárias [...]". A Secretária de Educação ainda enfatizou a necessidade de realização de cursos de capacitação dos profissionais responsáveis pela execução das medidas de acessibilidade.

O município apresentou proposta[11] onde se estabelecia a adequação de 10 estabelecimentos de ensino por ano, dando prioridade às com maior número de pessoas com deficiência e porte do local, argumentando que não possuíam condições de realizar reformas em um número maior de escolas por ano, totalizando 6 grupos, quatro deles com 10 estabelecimentos, o grupo 5 com 20 UEI e um grupo 6 com os estabelecimentos de ensino com prazo de adequação até o final de 2019 e não relacionadas no cronograma.

Para garantir o avençado, foi elaborado e assinado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) "contendo cláusulas que contemplem o que ficou acordado na presente audiência extrajudicial"[12]. Em 28 de outubro de 2014, o Município de Mossoró/RN solicitou prorrogação de prazo por mais 6 meses

> por causa da instabilidade político administrativa que o município tem vivenciado desde 2013, a qual tem afetado diretamente o quadro técnico de servidores, provocando principalmente descontinuidade dos projetos arquitetônicos, como também, dificuldades de interpretar a NBR 9050 [...][13]

11. Ibid, fls. 452-455.

12. Ibid, fls. 459 ss.

13. P.A. Nº 09.2004.00000186-4/15ª PmJM, fls 240. Ressalta que, como já apresentado an-

A 15ª PmJM, tendo como razoável a justificativa apresentada, acatou o pedido de prorrogação de prazo e determinou a realização de Termos Aditivo ao TAC. O Aditivo teve modificação dos prazos e da forma de alguns grupos[14].

De acordo com as especificações do Aditivo, as reformas do grupo 01, totalizando 06 (seis) escolas no novo formato, deveriam ter sido realizadas até 31/12/2015. Assim, em 22 de fevereiro de 2016 foi solicitado ao NATE (Núcleo de Apoio Técnico Especializado) – Mossoró a realização de diligência para "averiguar se efetivamente vieram a ser realizadas obras de reforma física [e] se as adequações porventura procedidas satisfazem às exigências legais de acessibilidade[...]"[15].

O relatório do NATE, que abordou as 10 escolas originais do TAC ao invés das 06 do Aditivo, foi assinado no dia 10 de maio de 2016. A conclusão do relatório dá o panorama geral das reformas empreendidas:

> [...]poucas edificações foram adequadas para atenderem aos requisitos aos requisitos de acessibilidade, necessitando ainda ajustes [...]. Portanto, os locais visitados continuam sem atender ao exigido pelas normas técnicas e necessitam de intervenções para se adaptar ao uso por pessoas com deficiência ou com restrição de mobilidade[16].

Salienta-se que a fiscalização do grupo 02 está em andamento na data do presente trabalho.

---

teriormente, os problemas com pessoal técnico capacitado para interpretar a NBR já havia sido salientados desde a audiência de 25/03/2014 e nenhuma medida foi tomada para sanar tal problema.

14. ICP nº 06.2012.00002716-9, fls. 495-504.

15. P.A. Nº 09.2004.00000186-4/15ª PmJM, fls. 290.

16. Ibid, p.337.

2.METODOLOGIA

Os resultados compilados e dispostos abaixo têm como fonte principal o relatório do Núcleo de Apoio Técnico Especializado (NATE – Mossoró) que tem por objeto averiguar nos estabelecimentos de ensino "se efetivamente vieram a ser realizadas obras de reforma em sua estrutura física, bem como, se as adequações [...] satisfazem as exigências legais de acessibilidade"[17].

Os itens analisados abordam aspectos dos elementos arquitetônicos dos estabelecimentos de ensino. Algumas locais apresentam elementos comuns, já outros possuem particularidades específicas ao estabelecimento. No total foram analisados 26 itens.

Os resultados aqui apresentados o serão de duas maneiras:

1) *Itens absolutos analisados e dispostos no relatório:* Serão apresentados os números totais de itens analisados e respostas dadas pelos técnicos do NATE na elaboração do relatório;

2) *Itens mais comuns analisados:* Serão apresentados os elementos mais comuns em todos os estabelecimentos e que foram analisados em quase todos os casos (calçada, acesso, circulação, salas de aula, secretaria, cozinha/cantina, banheiros, banheiros, mobiliário e sinalização visual e tátil.)

Salienta-se que o relatório utiliza a seguinte terminologia: 'Resolvido' ou 'Atende', 'Não Resolvido' ou 'Não Atende' e 'Não se Aplica', não sendo o último considerado na elaboração dos resultados apresentados abaixo por não oferecerem nenhum dado adicional.

O método de exposição dos resultados se dará em escala crescente, dos itens mais comuns aos absolutos. A escolha se deve ao fato dos dados mais comuns conterem as reformas realizadas de maneira mais usual. Após isso, dar-se-á des-

17. P.A. Nº 09.2004.00000186-4/15ª PmJM, fls 295-337.

taque pontual aos itens absolutos que forem específicos de uma instituição ou outra.

3. RESULTADOS

Os estabelecimentos de ensino analisados pelo NATE e dispostas no relatório são: E.M. José Benjamin, E.M. Ricardo Vieira do Couto, E.M. Francisco de Assis Batista, E.M. Prof. Antônio da Graça Machado, E.M. Maurício de Oliveira, E.M. Nono Rosado, E.M. Alexandre Linhares, E.M. Manoel Assis, U.E.I. Amélia Ferreira de Souza e E.M. Paulo Cavalcante.

Deve ser ressaltada a impossibilidade de fiscalização do NATE nas E.M. Ricardo Vieira do Couto e U.E.I. Amélia Ferreira de Souza. No caso da E.M. Ricardo Vieira do Couto, "não foi realizada nenhuma alteração nas instalações físicas do prédio com o objetivo de adequá-lo à legislação e às normas técnicas de acessibilidade"[18]. Já na U.E.I. Amélia Ferreira de Souza "constatou-se que a unidade se encontra em reforma, não havendo condições de avaliar as características físicas da edificação, bem como o término da obra"[19].

É importante ressaltar que **todas** as reformas já deveriam ter sido realizadas, pois o prazo para as mesmas se findou em 31/12/2015, salvo no caso das E.M. Ricardo Vieira do Couto, E.M. José Benjamin, E.M. Prof. Antônio da Graça Machado e E.M. Maurício de Oliveira, cujo termo final do prazo era em 31/12/2016, mas foram incluídas no relatório do NATE mesmo assim, o que foi essencial para a avaliação da ineficiência das medidas já tomadas pela administração municipal.

Em termos de porcentagem, as reformas dos itens mais comuns entre os estabelecimentos se dá na proporção abaixo apresentada:

---

18. P.A. Nº 09.2004.00000186-4/15ª PmJM, p. 295.
19. Ibid, p. 332.

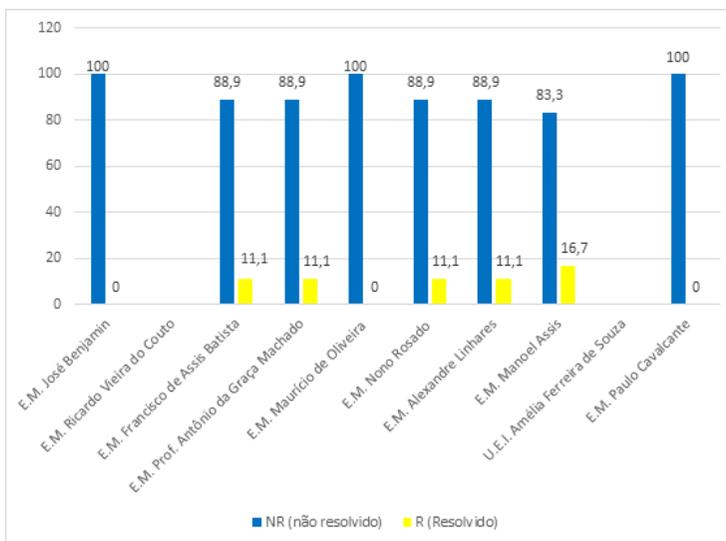



Figura 1: Porcentagem de R (Resolvidos) e NR (Não Resolvidos) nos itens mais comuns entre os estabelecimentos (por unidade).

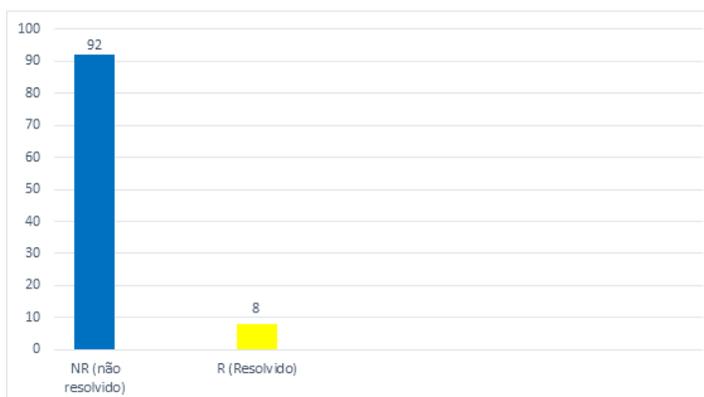



Figura 2: Porcentagem total de R (Resolvido) e NR (Não Resolvido) nos itens mais comuns entre os estabelecimentos.

Os resultados expostos nas figuras 1 e 2 já deixam claro que o município de Mossoró/RN não cumpriu satisfatoriamen-

te qualquer uma das reformas que visavam criar condições de acessibilidade aos usuários dos estabelecimentos de ensino, mesmo com a realização de Aditivo e flexibilização de fiscalização e prazo por parte do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Alguns números demonstram que nada foi feito, como foi o caso da escola E.M. Ricardo Vieira do Couto que, mesmo ainda com prazo para empreender as reformas, nenhuma delas fora sequer iniciada. Em outros casos, as reformas foram realizadas de forma tão insatisfatória que não resolveram qualquer problema de acessibilidade, não pontuando como 'Resolvido' ou 'Atende' em qualquer um dos itens, como na E.M. José Benjamin, E.M. Maurício de Oliveira e E.M. Paulo Cavalcante.

Em termos de itens mais comuns entre os estabelecimentos analisados, destacam-se os seguintes números:

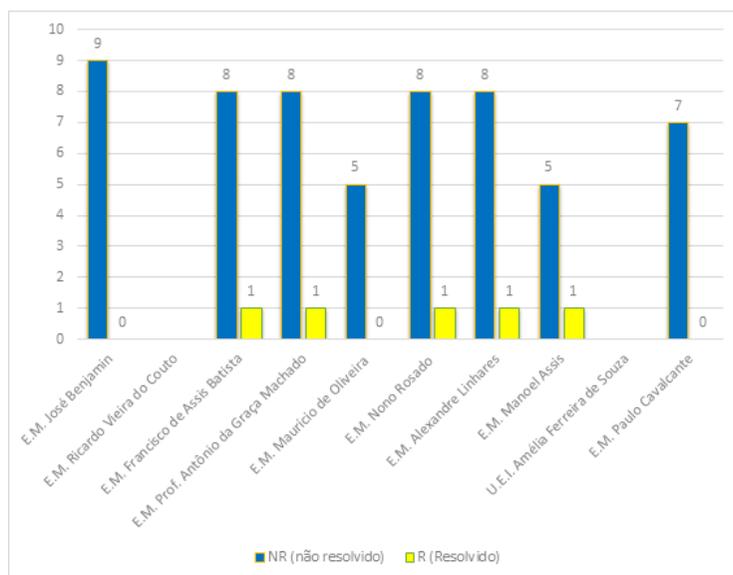



Figura 3: Quantitativo de R (Resolvidos) e NR (Não Resolvidos) nos itens mais comuns entre os estabelecimentos.

Como já foi disposto, os itens mais comuns entre os estabelecimentos fiscalizados foram calçada, acesso, circulação, salas de aula, secretaria, cozinha/cantina, banheiros, banheiros, mobiliário e sinalização visual e tátil. Ocorre que, em grande parte dos casos, pouco foi feito em cada um deles e, quando realizada alguma reforma, a mesma não comporta condições de acessibilidade de maneira integral. Alguns dados específicos podem ser apresentados para esclarecer. Cumpre ainda destacar que o relatório do NATE, nos itens acima descritos, somente faz anotações na análise das calçadas, acesso, circulação, salas de aula, secretaria, cozinha/cantina e banheiros. Utilizar-se-ão elementos comuns expostos pelo NATE, pois cada estabelecimento possui suas particularidades.

3.1 CALÇADAS:

Problemas de acessibilidade existentes: falta de sinalização tátil direcional e de alerta, piso irregular e trepidante, desnível entre a calçada e o acesso, irregularidade de guias de rebaixamento.

Reformas mais comuns: "O piso tátil de alerta foi instalado na extremidade da calçada [...]. Porém, as guias rebaixadas estão em desacordo com a norma, assim como não foi instalado o piso tátil direcional"; também no caso da E.M. Manoel Assis as calçadas estão plenas, sem trepidação, com piso tátil, mas não nas extremidades. Nas rampas da parte interna falta corrimão e guia de balizamento no lado direito, estando em desacordo com a norma.

Resultado: Classificado como 'Não resolvido' pelo NATE nos estabelecimentos em que este item foi analisado.

3.2 ACESSO:

Problemas de acessibilidade existentes: falta de sinalização tátil, desnível entre a calçada e o acesso e irregularidade das guias de balizamento.

Reformas mais comuns: No geral, as rampas de acesso tiveram seus desníveis corrigidos e adequadas à NBR 9050. “ [...] no que diz respeito a corrimão e guarda-corpo, porém continua sem guia de balizamento e falta piso tátil de alerta indicando o seu término [ou instalado de forma incorreta]”.

Resultado: Classificado como ‘Não resolvido’ pelo NATE nos estabelecimentos analisados, salvo a E.M. Francisco de Assis Batista que teve o item classificado como ‘Resolvido’.

3.3 CIRCULAÇÃO:

Problemas de acessibilidade existentes: Problemas com rampas de acesso e portas, falta de sinalização tátil, dificuldade de circulação nos ambientes internos.

Reformas mais comuns: Em alguns estabelecimentos, a circulação interna atende ao quesito piso, porém elementos como trilho de rolagem do portão de acesso à cantina dificultam o acesso. Foi instalado piso tátil de alerta em alguns estabelecimentos, porém de forma incorreta.

Resultado: Classificado como ‘Não resolvido’ pelo NATE nos estabelecimentos analisados.

3.4 SALAS DE AULA:

Problemas de acessibilidade existentes: Dimensões inadequadas das portas, problemas com o modo de abertura das janelas que podem ser obstáculos aos cadeirantes e deficientes visuais.

Reformas mais comuns: Em alguns casos “a porta foi alargada, atendendo ao vão livre mínimo de 0,80m e o desnível foi solucionado de forma a atender a norma [e] Os desníveis existentes no acesso a estar salas também foram solucionados”. Todavia “ As janelas continuam com abertura irregular”.

Resultado: Classificado como ‘Não resolvido’ pelo NATE nos estabelecimentos analisados, salvo a E.M. Prof. Antônio

da Graça Machado e E.M. Alexandre Linhares que tiverem o item classificado como 'Resolvido'. Deve-se ressaltar que um memorando de fls 253 do P.A. Nº 09.2004.00000186-4/15ª PmJM, demonstrou que o MP e a Prefeitura, em acordo, definiram que as janelas pivotantes não configuram obstáculos às pessoas com deficiência visual.

3.5 SECRETARIA:

Problemas de acessibilidade existentes: Dimensões inadequadas das portas, disposição de mobília não permite a circulação, desnível que dificulta o acesso ao local.

Reformas mais comuns: Em alguns casos, "a porta foi alargada, ficando com o vão-livre de 0,85m e o desnível existente na entrada e o desnível existente na entrada também foi solucionado em acordo com a norma", mas as demandas não foram resolvidas integralmente.

Resultado: Classificado como 'Não resolvido' pelo NATE nos estabelecimentos analisados.

3.6 COZINHA/CANTINA:

Problemas de acessibilidade existentes: Dimensões inadequadas das portas, altura do balcão de atendimento e elevação do batente irregulares.

Reformas mais comuns: Em alguns casos o balcão foi adaptado no quesito altura, mas falha em outros elementos como no avanço frontal. Também a "a circulação interna da dispensa foi alterada, sendo agora de aproximadamente 0,90m" e "As portas foram alargadas [...]" em alguns casos.

Resultado: Classificado como 'Não resolvido' pelo NATE nos estabelecimentos analisados, salvo na E.M. Manoel Assis que foi classificada como 'Resolvido'.

3.7 BANHEIROS:

Problemas de acessibilidade existentes: Dimensões inadequadas das portas, banheiro não acessível.

Reformas mais comuns: os estabelecimentos construíram os banheiros, mas de maneira irregular ou não adequada, como se averigua nos relatos: “Houve aumento da dimensão de um dos boxes dos banheiros, mas não possui entrada independente e nem atende aos itens padrões de acessibilidade estabelecidos”, “Banheiro acessível independente para os alunos foi construído, atendendo a norma do que diz respeito a existência deste ambiente, porém falta barra vertical de apoio a bacia sanitária acima da lateral, como também faltam as barras no lavatório e a sinalização na porta do banheiro”.

Resultado: Classificado como ‘Não resolvido’ pelo NATE nos estabelecimentos analisados.

Aos itens ‘Mobiliário’ e ‘Sinalização visual e tátil’ não foram feitas considerações sobre as reformas na análise de nenhum dos estabelecimentos. Todavia, em todos os estabelecimentos fiscalizados pelo NATE, os dois itens foram avaliados como ‘Não Resolvido’.

Com relação a exposição dos itens absolutos, apresentam-se os gráficos e informações abaixo:

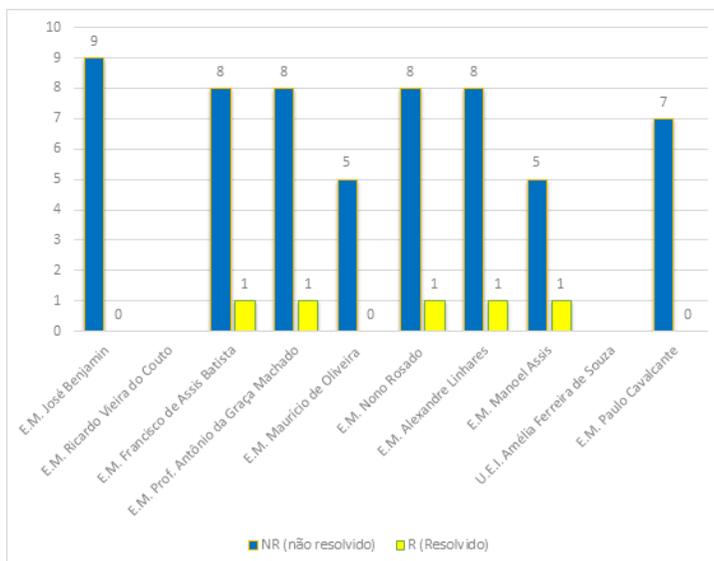



Figura 4: Porcentagem absoluta de R (Resolvido) e NR (Não Resolvido) por estabelecimento

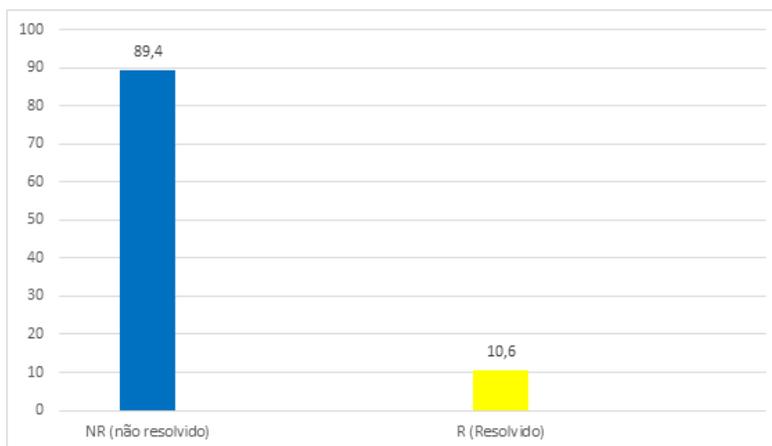



Figura 5: Porcentagem absoluta de R (Resolvido) e NR (Não Resolvido) no total de itens avaliados nos estabelecimentos

As figuras 4 e 5, mesmo com mais itens sendo avaliados, demonstram que a ineficiência das reformas empreendidas pelo município de Mossoró nos estabelecimentos de ensino não se modificou.

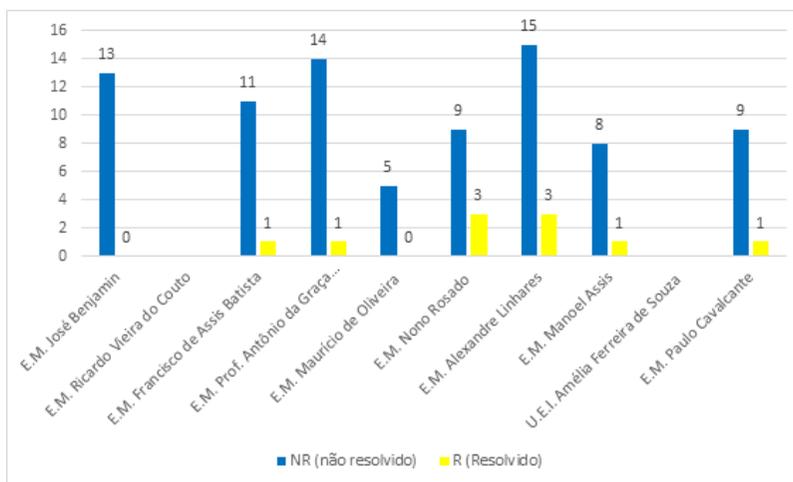



Figura 6: Quantitativo absoluto de R (Resolvidos) e NR (Não Resolvidos) por estabelecimento.

A figura 6 deixa reitera o demonstrado nos dois gráficos anteriores. Mesmo em itens particulares de um estabelecimento ou outro, o número desproporcional de 'Resolvidos' frente aos 'Não Resolvidos' permanece. Mesmo aos elementos básicos como 'comandos de controle e acionamento' não foi dado o cuidado devido, apresentando reformas como no caso da E.M. Francisco de Assis Batista e E.M. Alexandre Linhares, onde somente "apenas as maçanetas foram modificadas e atendem a norma".

CONCLUSÃO

Os resultados expostos, além do fato óbvio de comprovarem a violação patente dos direitos humanos das pessoas com defi-

ciência quanto à educação, acessibilidade e, em geral, à própria dignidade humana, demonstram que a garantia destes direitos se transforma em discurso retórico da administração municipal de Mossoró/RN e não como objeto de políticas públicas concretas. A conclusão do relatório do NATE deixa isso claro ao expor as supostas intenções da Secretária de Educação:

> "foi possível constatar a disponibilidade da Secretária Municipal de Educação do Município de Mossoró no sentido de realizar reformas com o objetivo de atender ao Termo de Ajustamento de Conduta e adequar os estabelecimentos à legislação de acessibilidade [...]"[20].

Apesar da acessibilidade ser tema do Plano Diretor e do Código de Obras, Posturas e Edificações do Município de Mossoró, foi necessária a intervenção do Ministério Público, por meio da 15ª PmJM, para que algumas medidas começassem a ser tomadas e, mesmo assim, foram insuficientes.

O município justifica uma polêmica impossibilidade de realização das reformas necessárias, argumentando que existe um caos administrativo desde 2013, falta de pessoal técnico capacitado e de recursos, discurso este recorrente em todo território brasileiro ao tratar do descaso de gestores municipais quando são confrontados sobre sua inércia frente à violação dos direitos humanos à educação e acessibilidade de crianças e adolescentes com deficiência, de *pessoas* com deficiência.

Não existe qualquer argumento plausível para que o Poder Público justifique sua omissão no caso da acessibilidade das escolas municipais e unidades de educação infantil em Mossoró/RN. A sustentação de falta de recursos de qualquer natureza ou de reserva do possível só intensifica a pintura de

20. P.A. Nº 09.2004.00000186-4/15ª PmJM, fl 337.

um quadro que se constrói na sociedade brasileira contemporânea: uma sociedade onde há uma crise de representatividade brutal, onde a perspectiva neoliberal assume um status messiânico como única possibilidade possível, que se rende ao capital que nada mais faz do que desumanizar e alienar.

Para se compreender o caráter paradoxal ao sentido de humanidade das omissões do município de Mossoró/RN, pode-se valer, ao fim, dos ensinamentos de Kant e da sua percepção apurada de que pedra fundamental da dignidade humana, e de todo agir humano em sua interação com o outro, é de que se deve tomar *"a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio".* (KANT, 2007, p. 69). Ter o outro como um fim é um dever de cada ser humano autônomo e, por consequência, da Administração Pública, que é formada por pessoas. Assim, os seres humanos estão acima de qualquer preço, de qualquer quantia e sua dignidade não possui substituto, o que, magistralmente e mais uma vez, ensina Kant

> No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade.** Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente;* mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2007, p. 77).

REFERÊNCIAS

BAMPI, Luciana Neves Da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. **Revista latino-americana de enfermagem,** São Paulo, v. 18, n. 4, p. 816-823,

Ago/2010. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rlae/issue/view/324>.Acesso em: 01 maio. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

______. Lei 13.146/2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** 6 de julho de 2015, Brasília, 2015.

______. Decreto 6.949/2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** 25 de agosto de 2009, Brasília, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições70 LDA, 2007.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. **Cartilha do censo 2010 - pessoas com deficiência**, 2012. Disponível em: <://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/dados-estatisticos/pesquisas-demograficas >. Acesso em: 01 mai. 2017.

SOUZA, C. S.; SEVERINO, M.P.S.R.S. Avaliação da acessibilidade das pessoas com deficiência em Mossoró-RN. In: VII SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, 2011, Mossoró. **Anais.** Mossoró: UERN/PROPEG, 2011. p. 701-709.

MOSSORÓ. **Lei Orgânica do Município de Mossoró/RN**. Câmara Municipal, Mossoró/RN.

______. Lei complementar nº 12/2006. **Dispõe sobre o Plano Diretor do Município de Mossoró e dá outras provi-**

dências. 11 de dezembro de 2006, Palácio da Resistência, Mossoró/RN, 2006.

_______. Lei complementar nº 47/2010. **Dispõe sobre o Código de Obras, Posturas e Edificações do Município de Mossoró.** 16 de dezembro de 2010, Palácio da Resistência, Mossoró/RN, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World report on disability**, 2011. Disponível em: <http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/en/>. Acesso em: 01 mai. 2017.

TRINDADE, Gustavo Junio Santos. **Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil.** 125 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, 2016.

A SITUAÇÃO DOS ENFERMOS EXCEPCIONADOS DA LEI 7.713/88 NA PERSPECTIVA DO DIREITO À SAÚDE.

Samir Roque Fernandes
Felipe Dutra Asensi

INTRODUÇÃO

A Lei 7.713, de 22 de Dezembro de 1988, reorganizou a legislação do Imposto de Renda (IR) com o propósito de simplificar sua tributação e moderá-la para determinadas pessoas, respeitando sua capacidade contributiva. Em suas disposições, o artigo 6º, XIV, enumerou as mazelas que viabilizarão o pedido de isenção deste imposto, de modo que o portador de moléstia grave, aposentado, pensionista ou reformado, possa investir os recursos não tributados para tratamento, na forma de medicações, exames e intervenções, além de outras necessidades direta ou indiretamente correlatas, em consideração ao seu direito à saúde.

Diz-se que o dispositivo em comento "enumerou" tais mazelas porque, em decorrência do artigo 111, II, da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), a interpretação literal realizada *a priori*, confere o caráter de *numerus clausus* às previsões no inciso XIV, do artigo 6º. Também se

prefere abordar tais previsões como “mazelas”, pelo sentido mais abrangente da expressão, já que o rol em questão não prevê somente doenças específicas[21], abrangendo ainda moléstias, consequências resultantes de certas doenças. É o que se verifica, por exemplo, no caso da alienação mental que pode ser causada por psicoses esquizofrênicas e quadros de demência (entre outros), assim como a cegueira, decorrente de glaucoma, retinopatia diabética, etc.

Requerida a isenção do Imposto de Renda à autoridade administrativa (da fonte pagadora, por exemplo, o INSS), a vinculação legal do agente público impossibilitará a flexibilização da análise do pedido, impondo a interpretação literal da legislação isentiva, inclusive do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88. Assim o exame administrativo excepcionará os portadores das mazelas não previstas neste dispositivo, denegando o pedido de isenção dos portadores de Lúpus, Alzheimer, Retocolite Ulcerativa, e outros mais.

Neste contexto, faz-se necessário refletir, ainda que de forma sucinta nesta ocasião, sobre a situação dos enfermos excluídos da previsão legal de isenção do Imposto de Renda, na perspectiva do direito fundamental à saúde, apresentado, em contrapartida, como dever constitucional do Estado.

Para tanto, se promoverá a análise do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88, bem como do(s) critério(s) adotado(s) para organização e manutenção do rol de mazelas, principalmente aqueles apresentados na Exposição de Motivos 351, de 14 de Outubro de 1988, referente ao Anteprojeto que culminou na Lei 7.713/88. Em seguida, se repercutirá sobre o direito fundamental à saúde e a relevância da isenção do Imposto de Renda à Pessoa Física (IRPF), para a realização deste direito. Enfim serão tecidas considerações sobre os portadores de ma-

21. Como a tuberculose ativa, a esclerose múltipla, a doença de Parkinson, etc.

zelas não contemplados pelo benefício fiscal, sob o enfoque dos princípios de equidade.

1. LEI 7.713/88: O ARTIGO 6º, XIV, EM BREVE ANÁLISE.

O exame desse artigo remonta à Exposição dos Motivos 351, de 14 de Outubro de 1988, para apresentação do Anteprojeto que culminou na Lei 7.713/88. Neste documento, o disposto em foco recebeu a seguinte explanação:

> 11. O artigo 6º regula a isenção de alguns rendimentos, cuja natureza econômica ou social aconselha a sua manutenção. A universalidade recomenda incidência sobre todos os rendimentos, mas não impede tratamento diferenciado para alguns deles, pois uma igualdade aparente pode comprometer a aplicação do princípio da capacidade contributiva do contribuinte. A enumeração constante do artigo 6º do projeto é exaustiva. Significa dizer que todos os rendimentos e ganhos de capital são tributados, executados apenas os expressamente ali relacionados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Correlacionando a exposição com a isenção do IRPF aos portadores de graves mazelas, percebe-se a adequação: seu viés econômico, refletido na manutenção dos ganhos não tributados, revela a intenção do legislador em preservar o cidadão isentado para que ele invista esses recursos no tratamento dispendioso e nas necessidades direta ou indiretamente correlatas; no aspecto social esta isenção, entre outras benesses, pode contribuir para minimizar a reclusão do paciente, oportunizando que ele cultive sua dignidade mantendo-se no meio social, edificando sua livre-iniciativa com a preservação

dessas finanças, enquanto ao Estado, praticando tal renúncia fiscal, contribui para os cuidados com a saúde dos cidadãos.

Todavia, apesar de a isenção poder alcançar qualquer rendimento, admitiu-se que certos ganhos fossem apartados do benefício, ao considerar, por exemplo, que certo contribuinte, detentor de outras fontes de renda, figurasse posição desigual evidenciando maior capacidade contributiva que os outros beneficiados, apesar da igualdade formal. É o que se verifica no caso do aposentado portador de doença controlada, que apesar da gravidade, trabalha e cultiva sua renda como autônomo. Verificada a capacidade contributiva, será justificável o tratamento diferenciado, de modo que está renda, incompatível com a previsão isentiva, será tributada pelo referido imposto.

Enfim, nas justificativas do Item 11, se destacou que as hipóteses previstas são exaustivas, alinhando a respectiva isenção com a interpretação literal proposta no artigo 111, II, do CTN.

O artigo 6º da Lei 7.713/88 contemplou vinte e três disposições sobre a isenção do Imposto de Renda, estabelecendo causa, ou agregando hipóteses nos incisos, para desonerar o contribuinte e excluir a exigibilidade do crédito tributário. Como exposto, o inciso XIV arrolou mazelas que poderão justificar o pedido para obtenção do benefício fiscal. Assim serão isentos da tributação:

> XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante),

> contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

Neste dispositivo verifica-se que o objetivo da isenção é excluir a tributação do IRPF para *os proventos de aposentadoria ou reforma* do portador de moléstia profissional ou de mazela específica. Por *proventos*, neste contexto, se compreenda os acréscimos patrimoniais, os valores provenientes da aposentadoria ou reforma, que não correspondem *ao produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos*[22].

Assim é pressuposto que o requente da isenção esteja aposentado ou reformado, excetuando-se, por conta do artigo 111, II, do CTN, portadores de mazelas que ainda prosseguem no exercício do emprego, do cargo ou função, se invocando a discussão, *a posteriori*, sobre o sentido e a compreensão de tratamento igualitário entre ativos e inativos.

Outro pressuposto é a condição de enfermidade do contribuinte, literalmente atestada pela medicina especializada, através do Laudo Pericial, expedido pelo serviço médico oficial[23] do ente federativo responsável; unidades de pronto atendimento (UPA's), postos de saúde e também universidades, desde que vinculadas às Secretarias Municipais de Saúde, ao prestarem consultas médicas e emergenciais, também estarão autorizadas a fornecerem o Laudo Pericial[24]. Entretanto, o documento emitido pelo profissional liberal que acompanha o

22. CTN, artigo 43.

23. Assim compreendido *o serviço médico dos órgãos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações públicas.* Neste sentido, veja a Solução de Consulta Nº 187, de 26 de Setembro de 2005, Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, Superintendência Regional da Receita Federal, 10ª Região Fiscal.

24. Solução de Consulta Interna – COSIT Nº5/2007.

paciente, ou por pessoa jurídica de direito privado conveniada ao Sistema Único de Saúde (SUS), não será suficiente para instruir o pedido de isenção.

Para expedição do Laudo Pericial é relativizada a *conclusão da medicina especializada*, prevista no inciso XIV, do artigo 6º, da Lei 7.713/88: o serviço médico oficial pode dispensar a formação de junta médica[25], contando com médico legalmente habilitado, ainda que desvinculado ao SUS[26], mesmo que não seja perito em sentido estrito[27]. A propósito, os Pareceres do Conselho Federal de Medicina, 17/2004 e 33/98, opinam que um médico está habilitado a realizar perícia, ainda que não seja especialista naquela área específica da Medicina. Entretanto, deve-se respeitar a autonomia dos entes federativos para estabelecerem a *obrigatoriedade da designação formal do médico como perito para exercer as atividades de perícias no serviço médico oficial*[28].

No tocante à condição da mazela, tem-se que não basta a simples mensuração do seu potencial gravoso, mas que ela, no caso concreto, tenha chegado ao nível que justifique o pedido de isenção do IRPF. Este nível traduz-se na própria aposentadoria ou reforma que, apesar da demora na consolidação, representa um marco formal que atesta a incapacidade do contribuinte suportar a moléstia nas circunstâncias que perduraram até sua concessão. Nos termos do artigo 6º, XIV, compreende-se que o mero diagnóstico da enfermidade não é suficiente, sendo necessária a constatação da gravidade refletida na aposentadoria ou reforma.

A propósito, avaliando o dispositivo legal, verifica-se que o nível de gravidade para a doença só foi explicitado na Cardiopatia, Nefropatia, Hepatopatia e a doença de Paget em estados

---

25. Idem.
26. Solução de Consulta Interna – COSIT Nº11/2012.
27. Solução de Consulta Interna – COSIT Nº28/2005.
28. Solução de Consulta Interna – COSIT Nº11/2012, pág.6, item 8.

avançados. Para as demais não ocorreu especificação, todavia, a interpretação doutrinária (ALEXANDRE, 2016; MADEIRA, 2016; SABBAG, 2016) e jurisprudencial (STF – RE 733995 RS, 2014; STJ – AgRg no AREsp 701863 RS 2015/0076998-8, 2015; TST ReeNec 10530220135050000; etc.) reconhecem que o rol, como um todo, estipula graves doenças, à época da sua concepção ou atualização, independentes de serem passíveis de controle.

Desta análise se verifica os pressupostos cumulativos para a isenção, posto que, de acordo com a interpretação literal, não basta apenas que o contribuinte esteja aposentando ou reformado para usufruir compulsoriamente desse benefício fiscal. Igualmente a presença da mazela não possibilitará imediatamente a isenção, se o contribuinte não estiver aposentado ou reformado, pois, do contrário, se tal situação não fosse prevista, a interpretação literal do dispositivo possibilitaria a concessão do benefício para pacientes não aposentados ou reformados[29].

Desde o ano de sua vigência, verificou-se[30] que o inciso XIV, do artigo 6º, recebeu poucas inserções: na redação dada pela Lei 8.541/92 incluiu-se a esclerose múltipla e a contaminação por radiação; o artigo 30, §2º, da Lei 9.250/95, acrescentou a fibrose cística (Mucoviscidose); e na forma da Lei 11.052/04, foi adicionada a hepatopatia grave.

Atualmente tramitam outros projetos para alterar o inciso XIV. A título de exemplo[31], apresenta-se:

29. Neste contexto, veja o posicionamento do TRF-3, na APELAÇÃO CÍVEL AC 18371 SP 0018371-79.2007.4.03.6100 (TRF-3).

30. Nas referências contidas na Lei 7.713/88, disponível no sítio do Senado Federal.

31. Colhido no sítio da Câmara dos Deputados.

N/Ano	Autor	Mazela	Nota
PL 4703/2012	Sen. Vicentinho Alves (PR-TO)	Doença de Lúpus.	
PL 467/2013	Sen. Paulo Paim	Doença de Lúpus; Epilepsia; Artrite Reumática.	Entre outros benefícios.
PL 1116/2015		Doença de Crohn; Retocolite Ulcerativa.	
PL 1686/2015	Senado Federal Sen. Paulo Paim (PT-RS)	Doença de Huntington; Linfangioleiomioma-tose pulmonar; Doenças reumáticas; Doenças neuromusculares; Osteoarticulares crônicas; Osteoarticulares degenerativas.	
PL 4283/2016	Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP)	Diabetes Mellitus Tipos 1 e 2.	Proposta mais antiga: PL 6534/2002.

PL 4447/2016	Paulo Magalhães (PSD-BA)	Diabetes.	Proposta mais antiga: PL 2570/2015.
PL 6929/2002	Dr. Hélio	Enfisema pulmonar.	
PL 7473/2014	Jair Bolsonaro (PP-RJ)	Doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC); Enfisema pulmonar.	
PL 6991/2002	Fetter Junior (PPB-RJ)	Hipertensão grave.	Altera o §2º do art.30 da Lei 9.250/95.
PL 7407/2010	Júlio Delgado (PSB-MG)	Narcolepsia.	Altera o §2º do art.30 da Lei 9.250/95. Proposta mais antiga: PL 490/2003
PL 1924/2003	Leonardo Matos (PV-MG)	Síndrome de Trombofilia; Síndrome de Charco-t-Marie-Tooth.	

PL 2856/2004	Wilson Santos (PSD-MT)	Esclerose lateral amiotrófica; Esclerodermia.	
PL 1348/2011	Maurício Quintella Lessa (PR-AL)	Esclerose lateral amiotrófica	
PL 3163/2004	Jorge Alberto	Mal de Alzheimer.	
PL 4941/2005	Fátima Bezerra (PT-RN)	Linfangioleiomiomatose pulmonar; Nova inclusão da Fibrose cística.	Altera o inciso XIV, com redação da Lei 1.052/2004 para inclusão.
PL 3845/2004	Wasney de Roure (PT-DF)	Esquizofrenia; Paranóia.	
PL 6365/2009	Celso Maldaner (PMDB-SC)	Doenças cérebro-vasculares decorrentes de AVC.	
PL 4714/2012	Eduardo Azevedo (PSDB-MG)	Síndrome pós-poliomielite (SSP)	
PL 4906/2012	Eduardo Barbosa (PSDB-MG)	Síndrome de Meige	

PL 7215/2014	Senado Federal Eduardo Amorim (PSC-SE)	Albinismo	
PL 4407/2016	Nelson Marchezan Junior (PSDB-RS)	Fibrose pulmonar; Pneumopatias graves.	

2. LEI 7.713/88: O ARTIGO 6º, XIV, À LUZ DO DIREITO À SAÚDE.

Considerando que o direito positivo à saúde do cidadão reflete, em contrapartida, um dever constitucional imposto ao Estado, convém observar tal dever por um caleidoscópio analítico visando reconhecer a isenção como uma forma para sua realização.

O artigo 196 da Constituição Federal determina que o Estado promova *políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...* A isenção do IRPF, aos portadores de graves moléstias, pode ser compreendida como um instrumento para realização dessas políticas. Considerando as dificuldades do Estado em efetivar a realização de direitos fundamentais, concernente ao direito à saúde pode-se notar o viés político da isenção. E não apenas em relação à protagonista desta reflexão, já que outras isenções também acolhe o direito à saúde. Veja, por exemplo: a isenção do IPI para medicamentos importados[32]; a isenção do IPVA aos portadores especiais de necessidades físicas[33], que auxilia nos gastos para adaptação e manutenção do veículo que, entre usos diversos, permite a

32. Além da aplicação da Alíquota Zero, conforme disposto nos artigos 2º e 3º da Instrução Normativa SRF 96/1999.

33. Segundo o artigo 5º, V, da Lei 2.877/97, que prevê esta isenção, no Estado do Rio de Janeiro, ao proprietário de veículo automotor com deficiência física ou mental.

condução do paciente para tratamento; a isenção do IPTU aos portadores de Câncer, que, mais do que resguardar o direito à moradia, objetiva excluir tal obrigação tributária para que o enfermo invista mais recursos no tratamento desta grave doença[34].

Concernente ao IRPF, a não tributação dos proventos também contribui para diminuição do risco da doença, de forma imediata, com o investimento dos recursos isentos nas despesas diretas e correlatas, decorrentes das moléstias. Assim, por exemplo, o portador de uma grave doença que necessitar do atendimento particular, por causa da demora no agendamento de exames pelo SUS, poderá aproveitar os recursos poupados para acessar e usar o serviço privado. Neste caso, a isenção pode viabilizar gastos com o deslocamento aos centros médicos e auxiliar nas custas do tratamento, atenuando os riscos que a espera do atendimento público poderia causar. Esta possibilidade vale ressaltar, se harmoniza com o artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que a estabelece a promoção de um nível de vida que possa efetivar a saúde e o bem-estar, também na forma de cuidados médicos.

No plano mediato, esta isenção do IRPF tem caráter preventivo. Assim por exemplo, ao viabilizar a reserva de recursos, oportuniza o investimento em tratamentos que podem controlar a doença, impedimento seu agravamento e a maior oneração do Estado ao tratar de casos gravíssimos; ademais, promovendo mais recursos para o tratamento do cidadão, esta isenção, apesar de não resolver, pode contribuir para diminuição da judicialização da saúde em decorrência das limitações estatais à sua efetivação.

E ponderando sobre as limitações estatais, a efetivação do direito à saúde é uma questão em voga, enquanto direito humano (neste sentido, BOBBIO, 1992). A propósito, a efetivação

34. Em relação à isenção do IPTU no Município do Rio de Janeiro, veja a Lei 1.955/93.

pode ser compreendida como a promoção do direito, a concretização do seu objetivo, do dever-ser, no plano real (BARROSO, 2014). Neste caso, a efetivação do direito à saúde conta com a isenção como instrumento de realização deste direito.

Por outro lado, considerando a dificuldade do Estado em dar função social e realizar este direito, do modo positivamente prestacional, cabe refletir se as isenções também representam sua *mea culpa*. Cultivando este raciocínio, admitindo-se que os investimentos, decorrentes da receita tributária, não sejam suficientes para suprir os custos dos direitos fundamentais (principalmente os essenciais e sociais), escolhe-se a renúncia fiscal na forma de isenção; neste contexto, em relação ao direito à saúde, deve-se atentar para o murmúrio estatal que confessa a impotência, concedendo isenção sobre os proventos dos portadores de graves mazelas, já que ainda não pode efetivar o direito à saúde de todos, inclusive desses cidadãos em situação desigual de saúde.

Na Constituição Federal, o artigo 196 informa ainda que o direito à saúde também é resguardado pelo *acesso universal e igualitário às ações e serviços (...)*. Tal previsão, que na forma acolhe o princípio da igualdade, suscita a reflexão sobre a harmonização entre o artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88 e o artigo 111, II, com o direito à saúde e o próprio princípio.

No dispositivo que fundamenta a isenção do Imposto de Renda, aos portadores de graves moléstias, o pressuposto da aposentadoria ou reforma pode comprometer o acesso universal e igualitário à ação positiva do benefício fiscal. A propósito, a isenção é compatível com a ação positiva:

> (...) uma vez que o ente federado, no plano infraconstitucional, possui capacidade para instituir um ato isentivo, mediante lei, o qual o fará através da

> política tributária. Trata-se, em suma, de um ato totalmente discricionário, pautado na conveniência e oportunidade da política tributária, visando prestigiar/proteger direitos e situações consideradas essenciais pelo ente federado.
>
> Em linhas gerais, a ação positiva se configura no momento em que o ente federado institui a isenção sobre determinada situação que comumente seria tributável. De outro lado, como consequência dessa ação, surge o caráter negativo das isenções, o qual consiste no ato de afastar determinada situação das hipóteses de incidência tributária. (HODLICH e SANCHES, 2016).

Se o direito à saúde enseja o ingresso geral e paritário às ações pertinentes, a exclusão dos portadores de moléstias não aposentados ou reformados desafia esse princípio do acesso universal e igualitário, justificando mobilizações que reivindicam a pretensa igualdade. Neste sentido, no plano político-legislativo, há projeto de lei que requer a extensão da isenção à renda dos portadores de graves moléstias que ainda desempenham atividade laboral. O Projeto de Lei 3862/2012[35] propôs o acréscimo de mais inciso ao artigo 6º para estabelecer tal previsão, justificando que:

> (...) o doente que continua a trabalhar tem iguais necessidades. Importante ressaltar ainda que o doente que trabalha continua a ser útil à sociedade e não onera a Previdência Social.
>
> Tal disparidade de tratamento não tem razão de ser e por consubstanciar-se em patente afronta aos

35. Da autoria do Deputado Edinho Bez, apresentando em 15 de Maio de 2012.

> Princípios Constitucionais da Isonomia (artigo 5º "caput") e da Igualdade Tributária (artigo 150, II), merece ser corrigida.
>
> (...) negar ao portador de moléstia grave que se encontra na ativa, política fiscal que se reconhece como verdadeira ação positiva garantida aos inativos, significa legitimar violenta afronta aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto é preciso ponderar se o princípio do acesso universal e igualitário está sendo prejudicado pela exclusão dos enfermos que estão formalmente na ativa. Partindo da premissa que o enfermo obrador não se encontra no mesmo plano que o aposentado ou reformado, o princípio do acesso universal não parece prejudicado, já que tais enfermos se encontram em universos paralelos, no sentido de que cada grupo de trabalhadores e aposentados/reformados não comungue das mesmas necessidades, já que estes foram conduzidos à inatividade pelo agravamento da doença enquanto aqueles ainda têm condições de realizar a atividade laboral. Esta situação pode apontar para a carência de igualdade material, para a desigualdade fática que não justifica a isenção, quando, por exemplo, se comparar, segundo a capacidade contributiva, os valores referentes aos proventos de aposentadoria de um e a renda salarial de outro.

A propósito, o artigo 150, II, da Constituição Federal, ao apresentar o princípio da isonomia tributária como limitação ao poder de tributar dos entes federativos, veda o *tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente...* E enfermos ativos e aposentados ou reformados não se encontram em situação equivalente, seja pelo nível de gravidade da doença ou pela capacidade contributiva.

Ainda sobre a questão pontua-se o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1º Região:

> TRF-1 - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AGA 609790620134010000 MG 0060979-06.2013.4.01.0000 (TRF-1).
>
> Data de publicação: 21/03/2014
>
> **Ementa:** TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE EM ATIVIDADE. ART. 6º DA LEI 7.713 /1988. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ no sentido de que o trabalhador em atividade, ainda que comprovadamente portador de moléstia grave, não faz jus à isenção. 2. "O art. 6º , XIV , da Lei 7.713 /88 é claro ao isentar do Imposto de Renda os"proventos de aposentadoria ou reforma"para os portadores de moléstias graves". (in AgRg no REsp 1208632/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011). 3. Na hipótese dos autos, pelo que se verifica dos documentos juntados aos autos, o agravante a despeito de ter sido diagnosticado com Doença de Parkinson em 29/05/2012 (ver cópia do laudo médico à fl. 46), continuou trabalhando regularmente, conforme demonstra seus contracheques de agosto/2009 a agosto/2013 vistos às fls. 59/107 deste recurso virtual. 4. Agravo regimental não provido.

Ao seu turno, o princípio do acesso universal e igualitário pode encontrar obstáculo na exclusão de enfermos, aposentados ou reformados, que são portadores de graves mazelas ex-

cepcionadas do artigo 6º, XIV, da Lei 7.713/88, como aquelas citadas nos projetos de leis apresentados. Certas enfermidades, não previstas neste dispositivo legal, podem revelar, em seu portador, um nível de gravidade equivalente ou quiçá mais elevado que algumas moléstias previstas no rol, em decorrência, por exemplo, da sua raridade, da dificuldade no tratamento por causa da complexidade da doença e do distanciamento para recebê-lo, supondo que nem todos os centros médicos estejam habilitados a promover os devidos cuidados.

Nestes casos, ecoando sobre o acesso universal e igualitário, estão os princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva. Portadores de graves mazelas, aposentados ou reformados, excepcionados da Lei 7.713/88, podem se encontrar em análoga situação econômica, demonstrando capacidade contributiva similar, por causa das despesas com as moléstias. Deste modo, se esses contribuintes não evidenciam situação dessemelhante, capacidade contributiva desigual, a desconsideração de enfermos não parece coadunar com a justiça, mas a exclusão seria justificável?

3. ARREMATE

A discussão sobre a injustiça da exclusão de enfermos, em relação à isenção do Imposto de Renda, colide com a determinação do artigo 111, II, do CTN, para que a legislação concessora deste benefício fiscal seja interpretada literalmente. Como já exposto, considerando que o requente da isenção se deparará com a autoridade administrativa que promoverá esta interpretação literal, seu pedido será denegado. Em consequência, tal frustração pode robustecer a judicialização da saúde com vista à procedência da isenção ou acarretar mobilizações sociais para pressionar os agentes políticos a deflagrarem processos legislativos para a aprovação de projetos de leis e a inclusão de outras moléstias ao rol conhecido.

Entretanto, deve-se refletir também sobre o custo da extensão do direito à isenção aos portadores de moléstias excepcionadas. Considerando que a renúncia fiscal enseja a substituição da receita excluída por outra, a maior concessão de isenções poderia sobrecarregar as fontes de receita pública, causar endividamento e comprometer o interesse público, inclusive na promoção de outros direitos fundamentais. Assim a reserva do possível não pode ser descartada na ponderação sobre o alcance desta isenção, não significando, contudo, que a tal previsão seja inconcebível já que o direito à saúde está vinculado ao direito à vida.

Não se defende, contudo, que os enfermos excluídos tenham que se conformar com a previsão legal, em prol de interesse público. Pelo contrário, acredita-se que a igualdade formal e material deve ser reivindicada em consonância com a dignidade da pessoa humana. Mas, concomitantemente, é preciso sopesar os pressupostos que justificam tal pedido de isenção, de modo que a previsão legal se harmonize com a realidade, agregando moléstias que atualmente invocam a necessidade de desoneração tributária.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 10ed. São Paulo: Método, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo.** 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** 8a ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992.

HODLICH, Nathália Bortolan e SANCHES, Matheus da Silva. **A isenção de tributos de pessoas com enfermidades graves.** Presidente Prudente: Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2016.

MADEIRA, Anderson Soares. **Manual de Direito Tributário.** 11ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 13, n. 2, 2008. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441>. Acesso em: 07 Jun. 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 8ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em < >, acessado em 29. Abr. 2016, às 14h15.

BRASIL. Lei 7.713, de 22 de Dezembro de 1988. **Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm >, acessado em 27. Jul. 2016, às 17h23.

BRASIL. Lei 9.250, de 26 de Dezembro de 1995. **Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9250.htm>, acessado em 03. Mar. 2017, às 09h18.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Legislação Informatizada – Lei 7.713, de 22 de Dezembro de 1988 – Exposição dos Motivos** 351, de 14 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1988/lei-7713-22-dezembro-1988-372153-exposicaodemotivos-149532-pl.html>, acessado em 08. Jun. 2017, às 05h04.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Soluções de Consultas e de Divergências.** Disponível em <https://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/solucoes-de-consultas-e-de-divergencias>. Acesso em: 19. Mar. 2017, às 09h35.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Fernando Malta da Costa Messeder

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca lançar um olhar sobre a atuação da Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça por excelência, pelo fato da mesma ser reconhecida pela Constituição da República de 1988 como função essencial à Justiça.

Num primeiro momento, serão tecidas breves considerações sobre o acesso à justiça, caracterizando-o como direito fundamental. Para se chegar a essa conclusão, parte-se de estudo demonstrando o paralelismo existente entre o desenvolvimento do conceito de acesso à justiça e a evolução do conceito de Estado.

Posteriormente, passa-se a identificar os obstáculos apontados por Cappelletti e Garth ao efetivo acesso à justiça, quais sejam: custas judiciais, possibilidade das partes e a questão dos direitos difusos.

Com base nos mesmos autores e para solucionar os ditos obstáculos, surgem as três ondas cappellettianas, dando-se ênfase à primeira onda, cujo objeto é a solução daquele obstáculo causado pelas custas judiciais, através da prestação de assistência judiciária aos pobres.

Nessa esteira, tendo em vista que a assistência judiciária gratuita prestada por advogados particulares mostrava-se insuficiente, serão apresentados os três modelos propostos de assistência judiciária. O *Judicare*; o advogado remunerado pelos cofres públicos e o modelo combinado.

Após histórico sobre a evolução da assistência judiciária no Brasil, conclui-se que a opção constitucional feita pelo legislador constituinte de 1988 foi por um sistema combinado, com características próprias, onde a Defensoria Pública foi alçada à categoria de função essencial à Justiça, sem impedir a atuação do advogado particular, como reconhecido pelo Estatuto da Ordem dos Advogados. Em virtude de seu assento constitucional, bem como das garantias e prerrogativas que os integrantes da Defensoria Pública possuem, forçoso reconhecer que se trata de instituição que proporciona o acesso à justiça.

1. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, considerados os maiores teóricos sobre o tema acesso à justiça, confessam na introdução de seu clássico livro Acesso à Justiça, que "*a expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição*". Contudo, na intenção de ao menos delimitarem o objeto sob análise, esclarecem que tal expressão serve para determinar as duas finalidades do que denominam sistema jurídico - aquele através do qual as pessoas podem reivindicar direitos e resolver litígios, sob o patrocínio do Estado - a saber: que o sistema seja universalmente acessível, bem como produza resultados "*individual e socialmente justos*" (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 8).

1.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO E DE ACESSO À JUSTIÇA

Há uma inegável e íntima ligação entre a evolução do conceito de Estado e do acesso à justiça.

Entendendo-se Estado como uma organização jurídico-política dotada de supremacia jurídica sobre um determinado território e poder de coercitividade sobre seus cidadãos, surgida na Europa medieval, sua concepção foi se modificando ao longo da história. Assim, inicialmente temos o "Estado Absoluto", cuja pedra de toque era a concentração do poder nas mãos do Príncipe, a quem tudo era permitido e do qual se originava, emanava, toda norma jurídica produzida.

Após, com o surgimento do Iluminismo e o fortalecimento dos ideais de legalidade, segurança jurídica e legitimidade da vontade popular, passou-se a um "Estado de Direito", cujas características podem ser sintetizadas na submissão à lei (emanada do Legislativo); na divisão de poderes (independentes e harmônicos entre si) e, por fim, na garantia dos direitos individuais. A adoção dessa perspectiva liberal redundou em um evidente protagonismo do Legislativo, consequência inevitável do primado da lei, sendo que o Judiciário era visto como um poder neutro, estático, atuando especialmente em litígios de caráter privado através de mera interpretação subsuntiva, literal, da norma jurídica, bem como pela aplicação dos princípios da autonomia da vontade e obrigatoriedade dos contratos.

Esse modelo individualista, contudo, revelou-se insuficiente, tanto no tocante à melhoria das condições de vida da população, quanto em relação à efetividade do direito de acesso dos mais pobres à justiça. Segundo o entendimento vigente à época, o acesso à justiça, na qualidade de direito natural, cuja existência era anterior à do próprio Estado, não necessitava da ação do último para protegê-lo, limitando-se a atuação na garantia que esse direito não fosse infringido por outros. Logo, para o Estado liberal a mera garantia formal da existência e da titularidade do direito por seu sujeito (declarações de direitos), ou seja, a possibilidade dele propor ou con-

testar uma ação, sem qualquer tipo de atuação positiva por parte do Estado, já era suficiente para assegurar o direito de acesso à justiça. Ledo engano. Cappelletti e Garth confirmam a mencionada inadequação da passividade do Estado para a solução do problema (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 9).

Em uma tentativa de reconfiguração do "Estado de Direito", surge, então, o "Estado Social de Direito" - fruto das lutas operárias e sindicais ocorridas no final do século XIX e início do século XX, de cunho eminentemente socialista - que tenta conciliar o *laissez faire* liberal com o intervencionismo característico desse movimento que buscava a solução das questões sociais, mediante a divisão da riqueza social e a conseqüente melhoria da qualidade de vida da população, através de acesso à educação, saúde, previdência social, sem abandonar a primazia da lei.

Um dos fatores decisivos para essa transformação da concepção de Estado foi a inclusão do povo no cenário político, antes restrito às elites, obra do sufrágio universal. O exercício da cidadania, através do voto, com a participação popular no processo de criação das leis através da representação política; e, por outro lado, o fato desse mesmo povo não poder exercer o direito que ajuda a criar, em virtude da ausência de efetivo acesso à justiça, acarreta um terrível paradoxo (ALVES, 2006, p. 23).

Nesse passo, as atenções foram transferidas para o Executivo, eis que ao se reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, das comunidades, dos indivíduos; as ações governamentais são determinantes para se atingir o ideal de justiça social. Nesse período, em virtude do dinamismo dos processos econômicos e sociais que demandavam a atuação do Estado, as normas jurídicas começaram a apresentar características mais indeterminadas, indefinidas, fluidas, programáticas, o que resultou no início de uma nova atuação do

Judiciário, através da complementação e interpretação das leis, atividades essas de caráter eminentemente valorativo, atuação que logo após atingirá seu ponto máximo.

Após a Segunda Guerra Mundial, como resposta capitalista ao avanço dos ideais socialistas que vinham do leste europeu, veio à lume o "Estado do Bem-Estar Social" ou "Estado Providência", momento em que o acesso à justiça alça à categoria do mais básico dos direitos humanos, ou segundo a lição de Boaventura de Sousa Santos, um "*direito charneira*" (2013, p. 205) .

Esse processo de relativização da soberania, iniciada com a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, atinge seu ápice nas últimas décadas do século passado, com a terceira geração de direitos (direitos de solidariedade) e o surgimento do "Estado Democrático de Direito", fórmula adotada por grande parte dos textos constitucionais da atualidade, que redundou no crescimento do papel do Poder Judiciário e a consequente judicialização das relações políticas e sociais, momento em que a lei adquire a função de transformar a realidade social.

Atualmente o conceito de acesso à justiça não pode ser entendido apenas como acesso ao Poder Judiciário, mas como "*acesso à ordem jurídica justa*", na feliz expressão de Kazuo Watanabe (1998, p. 128), o que pressupõe também a obtenção de informação e orientação jurídicas por parte do litigante, bem como acesso aos meios alternativos de solução de conflitos.

1.2 OBSTÁCULOS AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Justamente por ser o mais básico dos direitos humanos, como visto acima, é oportuno identificar os obstáculos que devem ser transpostos a fim de se alcançar o efetivo direito de acesso à justiça, entendido esse como uma completa igualdade de armas, em que pese esss igualdade ser reco-

nhecida como utópica, eis que impossível erradicar totalmente as diferenças entre as partes.

A doutrina reconhece três obstáculos a serem transpostos para se obter o efetivo direito de acesso à justiça: custas judiciais, possibilidade das partes e a questão dos direitos difusos (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 15-29).

Independente do país que seja objeto de análise, as custas judiciais *lato sensu*, aí incluídas as custas processuais pagas ao Estado para a obtenção da prestação jurisdicional, bem como os honorários advocatícios e de auxiliares da Justiça, são notoriamente elevados.

Boaventura de Sousa Santos, reportando-se aos ensinamentos proporcionados pelos estudos levados à cabo no Projeto Florença, apontou que "*a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que se abaixava o valor da causa*" (2013, p. 206). Ou seja, se a justiça é cara para o cidadão em geral, ela é especialmente cara – proporcionalmente – para o cidadão mais pobre, normalmente interessado em causas de pequeno valor, configurando o fenômeno denominado como "*dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça*" (2013, p. 207). Na verdade essa vitimização é tripla, como se verificará em seguida.

Em nosso país o obstáculo econômico é o mais evidente a dificultar o acesso à justiça, tendo em vista o expressivo percentual da população de baixa renda, resultado da intensa desigualdade social que vivemos (MORAES, 2009, p. 21), o que faz com que para nossa realidade seja de *suma* importância que ele seja contornado.

O projeto florentino de acesso à justiça apontou ainda outra questão ponderável no aumento dos custos judiciais: o tempo de duração do processo. Tal aspecto, além de potencializar os custos, acarreta em abandono das causas pelos economica-

mente débeis, ou mesmo na aceitação de um acordo em valor muito inferior àquele que teriam direito. O já citado sociólogo português indica um paradoxo, pois apesar do decréscimo do contencioso civil, e não obstante as diversas inovações com o intuito da justiça ser mais rápida, o que se verifica é um aumento constante no tempo médio de duração dos processos civis (SANTOS, 2013, p. 207).

O sistema do ônus da sucumbência, adotado pela legislação brasileira, no entendimento de Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes "*pode representar um risco ainda maior, uma vez que, se perdedor, deverá suportar os honorários de seu advogado, com também da parte contrária*" (2009, p. 20).

O obstáculo batizado por Cappelletti e Garth como possibilidade das partes traz a questão que determinados litigantes são portadores de vantagens estratégicas, que os coloca em situação de vantagem.

Certo é que a inexistência de recursos financeiros, que impede a pessoa de pagar para litigar, bem como de suportar um litígio demorado, constitui evidente desvantagem para o litigante. Mas esse assunto já foi abordado há pouco, não merecendo maiores explicações.

Ultrapassado esse ponto, percebe-se claramente a existência de vantagem estratégica oriunda do grau de educação recebido pelo litigante, bem como do meio social em que ele se insere ou mesmo do *status* que ostenta nesse meio, o que pode determinar a possibilidade do litigante reconhecer, ou não, um direito e propor, ou não, uma ação ou defesa desse direito. São muitas barreiras que precisam ser superadas antes mesmo do direito ser efetivamente reivindicado através do Judiciário, barreiras essas denominadas por Boaventura de Sousa Santos como condicionantes econômicas, sociais e culturais (SANTOS, 2013, p. 209-210).

O reconhecimento da existência de um direito é uma barreira fundamental, que atinge especialmente aos mais pobres, mas não só a eles. Kazuo Watanabe preleciona que a complexidade da sociedade moderna atinge o cidadão cotidianamente "*em sua vida de relação presidida pela economia de massa, regulada por um cipoal de leis e orientada por uma massa assistemática de informações de todas as espécies*" (1998, p. 131-132). Tais fatores, associados à velocidade das transformações sociais que ocorrem na atualidade, faz com que até segmentos mais favorecidos cultural e economicamente tenham dificuldade no reconhecimento de seus direitos.

Mas não basta reconhecer o direito. Mesmo reconhecendo-o, resta ao litigante a tarefa da saber o que fazer para ajuizar uma ação, constituindo esse mais um obstáculo.

Superadas essas barreiras, ainda resta uma terceira, que é a disposição psicológica de se interpor a ação necessária. Mais uma vez constata-se a maior incidência desse obstáculo nas classes menos favorecidas. Essa predisposição, ou melhor sua falta, está ligada à desconfiança nos advogados, muitas vezes ocasionada por experiências anteriores, bem como em virtude da complexidade dos procedimentos, do excesso de formalismo, dos ambientes que intimidam (Tribunais) e das figuras opressoras (juízes, promotores, advogados) (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 23-24). Além desses obstáculos, Boaventura de Sousa Santos ainda nos traz outros, como o temor de represálias decorrentes do ajuizamento, menor probabilidade do pobre conhecer um advogado, a distância geográfica entre a casa ou trabalho do litigante e o escritório de advocacia e arremata que, ao contrário das óbvias condicionantes econômicas, as sociais e culturais são "*resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar*" (2013, p. 209-210).

Ainda no que tange o obstáculo decorrente da possibilidade das partes, temos as vantagens que têm os litigantes habituais, pois a freqüência com que litigam lhes traz eficiência e possibilitam um melhor planejamento do litígio, custo menor em virtude da quantidade de casos, o desenvolvimento de relações informais com os serventuários e juízes, a diluição dos riscos em um grande número de casos e a possibilidade de inovar suas estratégias.

A questão dos direitos difusos é apontada por Cappelletti e Garth como o último obstáculo ao efetivo acesso à justiça. O grande problema dos interesses coletivos reside na falta de reconhecimento pelo Direito tradicional da legitimidade individual para pleiteá-los, bem como, mesmo que se reconhecesse essa legitimidade, a possível ausência de interesse por parte desse indivíduo, individualmente considerado, tendo em vista o pequeno benefício econômico a ser auferido. Outra barreira relacionada ao mesmo problema dos interesses difusos está na dificuldade de reunião de todas as partes eventualmente interessadas.

Conclui-se, portanto, que os obstáculos afetam mais os litigantes individuais, especialmente os mais pobres, e as vantagens estão concentradas especialmente nos litigantes organizacionais. Como resolver, ou ao menos minimizar essas questões?

1.3 AS ONDAS CAPPELLETTIANAS

Passa-se, então, à analise das soluções para tais obstáculos, as conhecidas - e criadas por Cappelletti e Garth - "*ondas de acesso à justiça*".

Nesse contexto, a primeira onda pretende solucionar a questão do obstáculo financeiro, com a viabilização do acesso à justiça para a população de baixa renda, através do que os autores denominaram assistência judiciária aos pobres.

Inicialmente, a assistência judiciária era prestada por advogados particulares, sem contraprestação (*munus honorificum*).

O Estado até reconhecia o direito ao acesso à justiça, mas não adotava qualquer atitude positiva para garanti-lo, apenas um reconhecimento formal. Isso trazia como problemas a priorização do trabalho remunerado à assistência judiciária, bem como a criação de limites estreitos para a utilização do benefício, problemas esses criados pelos próprios advogados particulares que exerciam o *munus*, na tentativa de se restringir o acesso. Acrescente-se ainda que o encargo acabava por recair em profissionais sem experiência, bem como que a atuação se limitava à representação em juízo (SANTOS, 2013, p. 210).

Para solução desses problemas, foram criados três sistemas:

No primeiro deles, denominado sistema *Judicare*, a assistência judiciária é estabelecida como direito e prestada por advogados particulares, pagos pelo Estado. Tem como objetivo fornecer ao litigante de baixa renda a mesma representação que teria se estivesse sendo assistido por um advogado particular, pago por ele. Traz como principal vantagem o término da barreira de custo. Apesar de se concentrar na assistência judiciária, também englobava a consulta jurídica, independente da existência de litígio (SANTOS, 2013, p. 210-211). Todavia, não é isento de desvantagens, mesmo porque não supera os obstáculos sociais e culturais: não incentiva que o profissional auxilie o beneficiário a compreender os direitos dele, nem identificar eventuais violações aos mesmos, ou seja, não atua na educação jurídica do cidadão; é utilizado somente em áreas familiares ao beneficiário, excluindo novos direitos; o beneficiário pode se sentir intimidado em comparecer a um escritório de advocacia (barreiras geográficas, culturais); não supera as desvantagens frente aos litigantes organizacionais; trata os pobres como indivíduos, não como classe.

O segundo sistema é o do advogado remunerado pelos cofres públicos, cujos serviços são prestados por "*escritórios de*

vizinhança". O seu propósito é utilizar o dinheiro do contribuinte, obtendo a melhor relação custo-benefício. Seus pontos positivos são: conscientiza os beneficiários sobre seus novos direitos; facilita o contato e minimiza as barreiras de classe; trata os pobres como classe e tenta ampliar os seus direitos; em suma, ataca outras barreiras além dos custos. Mas há aspectos negativos: negligência de casos particulares, em detrimento de casos-teste (classe), até mesmo em função da limitação de recursos e em virtude da importância sob uma perspectiva social; tendência a ser paternalista; dependência do apoio governamental; não garante auxílio jurídico como direito, ante a impossibilidade de se manter número suficiente de advogados para suprir a necessidade de um atendimento de qualidade, até em virtude de sua inexistência.

Por fim, temos os modelos combinados, cujo objetivo é justamente se beneficiar da complementaridade dos modelos anteriormente estudados. A grande vantagem desse sistema reside na possibilidade de escolha entre o serviço personalizado de um advogado particular ou o serviço capacitado de advogados de equipe.

No Brasil, pode-se dizer que existe um tipo de modelo combinado, já que a opção constitucional foi pela Defensoria Pública, ou seja, um sistema próximo ao sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos, com a diferença de não serem advogados, mas agentes políticos concursados, com deveres, garantias e prerrogativas da função. Por outro lado, a atuação da Defensoria Pública não é exclusiva, convivendo com a possibilidade de atuação do advogado privado, bem como que a assistência jurídica aos necessitados seja prestada por escritórios modelos em universidades ou mesmo organismos não estatais.

A segunda onda, associada aos direitos de terceira geração, tem por objetivo viabilizar o acesso à justiça aos detentores de in-

teresses difusos, indo de encontro às noções do processo civil tradicional, para o qual não havia possibilidade de proteção dos interesses coletivos, já que o processo era concebido apenas como um assunto entre duas partes (prisma individualista). Nesse diapasão, diversas novidades foram trazidas, como a legitimidade de certos indivíduos ou entidades e associações atuarem como representantes desse grande número de pessoas que é envolvida nos litígios de "direito público" (prisma supraindividualista).

Além da solução da questão da legitimidade ativa, as reformas propostas pela segunda onda também passam por uma reavaliação dos limites subjetivos da coisa julgada, já que a sentença deverá obrigar todos os integrantes daquele grupo, mesmo que não tenha sido parte no processo.

Por fim, a terceira onda traz uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Denominada por Cappelletti e Garth como novo enfoque de acesso a justiça, ela vai além das propostas anteriores, centrando suas atenções em alterações nos procedimentos judiciais e na estrutura dos tribunais, bem como em modificações no Direito material que visam a prevenção de disputas, enfim, criando vias alternativas de justiça, sem abandonar as técnicas trazidas pelas ondas anteriores.

Importante ressaltar que o conceito das três ondas proposto por Cappelletti e Garth não representa movimentos estanques, mas, como na própria natureza, movimentos que podem acontecer em paralelo, que se chocam, se somam, se sobrepõem.

Por fim, importante registrar que Kim Economides, discípulo de Cappelletti no Projeto Florença, sugere a existência de uma quarta e última onda de acesso à justiça, qual seja, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas e o acesso dos operadores de direito à justiça. Apesar da proposta parecer em um primeiro momento paradoxal, o fato é que o dia a dia dos operadores do Direito e

a proximidade deles com a Justiça faz com que fiquem cegos às dimensões éticas e políticas da administração da justiça, havendo necessidade de mudanças no que tange a responsabilidade profissional e o ensino jurídico (ECONOMIDES, 1999).

2. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NO BRASIL

Cleber Francisco Alves aponta a existência de problema crônico na cultura jurídica de nosso país, pois "*em termos de leis e ordenamento jurídico de um modo geral, somos quase imbatíveis. Todavia o grande desafio é sempre o de dar vida às normas legais, e aplicar devidamente o que está na lei*" (2006, p. 14). E com o tema assistência judiciária/jurídica não poderia ser diferente, como se observará a seguir.

2.1 BREVE HISTÓRICO

As primeiras disposições no ordenamento pátrio sobre assistência judiciária remontam as Ordenações Filipinas, que dispunha sobre o não pagamento de custas, com previsão de patrocínio gratuito por advogados, nas causas cíveis e criminais, aos miseráveis e indefesos (MORAES, 1984, p. 81 e ss.).

No período monárquico, o Código de Processo Criminal dispunha sobre o pagamento de custas processuais pelos pobres. No mesmo sentido, na seara civilista se previa a isenção do pagamento do dízimo da Chancelaria (artigo 10 da Lei nº 150, de 09/04/1842). Já o Regulamento nº 120, de 31/01/1842 estipulava a gratuidade de apelação e recursos criminais aos presos pobres. Nessa época, quanto ao patrocínio, a Câmara Municipal da Corte criou o cargo de Advogado dos Pobres, extinto em 1884.

Somente com a República é que veio à lume norma instituindo a assistência judiciária no Distrito Federal, "*para patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no cível e no*

crime, como autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade" (Decreto nº 2.457, de 08/02/1897).

Finalmente a Constituição de 1934, que inaugurou o denominado Governo Constitucional da Era Vargas, previu a assistência judiciária como dever da União e dos Estados[36], já que até então, com exceção do episódio do Advogado dos Pobres, tal encargo era visto sob um ponto de vista estritamente caritativo. Nessa esteira, São Paulo criou o primeiro órgão estatal para assistência judiciária, seguido pelos Estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, situação que convivia com o patrocínio gratuito prestado aos necessitados pela Ordem dos Advogados nos demais Estados.

O retrocesso político ocasionado pelo Estado Novo trouxe como conseqüência a perda do *status* constitucional dado anteriormente à assistência judiciária, já que a Constituição de 1937 não abordou o tema. Logo após, o tema mereceu tratamento infraconstitucional no Código de Processo Civil de 1939, onde além de se estipular os critérios para a concessão da gratuidade de justiça, previu-se que a defesa seria feita por advogado escolhido pela parte, pela assistência judiciária ou por profissional nomeado pelo juiz.

Com a queda do Estado Novo e o fim da ditadura, foi promulgada a Carta Constitucional de 1946, que mediante a retomada democrática novamente alçou a assistência judiciária ao patamar da categoria de direitos e garantias individuais, colocando-a como dever do Estado, a ser regulamentada através de lei infraconstitucional, determinação essa que foi atendida por vários Estados, como São Paulo. Já no Distrito Federal, a legislação dispôs sobre a composição do Ministério Público, instituindo como início dessa carreira o

---

36. A exclusão dos Municípios transformou-se em característica do modelo brasileiro de assistência judiciária (ALVES, 2006, p. 244).

cargo de Defensor Público, como passaram a se chamar os então denominados Advogados de Ofício, sendo certo que foi a primeira lei a utilizar o nome que depois se popularizou.

Atento a esse movimento de regulamentação, o Congresso Nacional decretou a Lei nº 1.060/1950, verdadeiro marco legislativo que estabeleceu as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, cujo texto, com as alterações realizadas posteriormente, vigeu até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que revogou diversos de seus artigos. O grande mérito da citada lei foi a consolidação das normas sobre assistência judiciária em um único documento, antes espalhadas em diversas leis (ALVES, 2006, p. 246). Apesar de sua inegável importância, é criticada em relação a confusão que fez entre os conceitos de gratuidade de justiça e assistência judiciária. Quanto ao primeiro, constitui a possibilidade de dispensa no pagamento de custas, matéria que, como visto acima, já era regulamentada pelo CPC de 1939, cujos artigos foram então revogados. Por sua vez a assistência judiciária é uma organização estatal ou paraestatal que tem por objetivo proporcionar a assistência gratuita de serviços advocatícios aos necessitados.

Por seu turno, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil regulamentou a assistência judiciária paraestatal por parte de seus filiados.

Mesmo após o advento da Revolução de 1964, a Constituição de 1967, bem como o texto oriundo da Emenda Constitucional nº 1, mantiveram a previsão da assistência judiciária aos necessitados no capítulo das garantias e direitos individuais, sem esclarecer se o *munus* seria exercido pelo poder público ou por advogados particulares. Contudo, como não houve alteração na Lei nº 1.060/1950, o entendimento foi que a mesma havia sido recepcionada pela nova ordem constitucional, continuando a ser aplicada (ALVES, 2006, p. 247).

Cleber Francisco Alves informa que até 1969 todos os Estados, exceto Santa Catarina, possuíam algum tipo de serviço de assistência judiciária, para representação nas áreas civil e criminal (*ibid.*).

2.2 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E A DEFENSORIA PÚBLICA

Mas é a Carta da República de 1988 que realmente trouxe grandes novidades e "*inaugurou uma nova fase na história da assistência judiciária no Brasil*" (*op. cit.*, p. 255). A primeira delas é a garantia da assistência jurídica integral e gratuita, e não apenas a assistência judiciária, como previsto anteriormente. Ou seja, não se trata mais apenas de defesa de interesses e representação em Juízo (assistência judiciária), mas em "*auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas*" (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 143).

Desse modo, a assistência judiciária integral compreende a assistência judicial (assistência judiciária) e a assistência extrajudicial (assistência jurídica). Quanto à última, importante ressaltar que:

> "(...) apresenta maior amplitude, destinando a garantir aos necessitados a possibilidade de exercício dos direitos inerentes à cidadania, (...) e bem assim com a assistência de profissional habilitado, também remunerado pelo Estado, capaz de prestar orientação e esclarecimentos sobre questões jurídicas de um modo geral (...)" (ALVES, 2006, p. 263)

E arremata o mesmo autor:

> "(...) De acordo com o novo sistema constitucional passou a incluir também a consultoria e a orien-

> tação/aconselhamento jurídico em geral, além de ações institucionais de educação para a cidadania e de luta pelo aprimoramento do sistema jurídico como um todo (...)" (ALVES, 2006, p. 274-275)

A outra novidade trazida pela Carta Magna vigente foi o reconhecimento da Defensoria Pública como uma das funções essenciais à Justiça. Também previu que as Defensorias deveriam ser organizadas através de Lei Complementar, bem como mantidas nos níveis Federal e Estadual, cujos cargos deveriam ser providos através de concurso público, concedendo aos seus integrantes a garantia de inamovibilidade e a obrigação de dedicação exclusiva.

Em que pese a inegável importância da Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça, principalmente em um país de tantos contrastes como o Brasil, bem como o avanço da legislação pátria sobre o tema, a realidade é um pouco diversa do que está nas leis.

O IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, realizado em 2015, aponta que a Defensoria não tem abrangência em todas as cidades e comarcas brasileiras. No momento da realização da mencionada pesquisa, o Estado do Amapá era o único a não ter uma Defensoria Pública completamente institucionalizada, em virtude da não realização de concurso público para o preenchimento das vagas, sendo certo que a criação no Estado de São Paulo se deu em 2006 e em Santa Catarina somente em 2012.

O gasto realizado pela Defensoria Pública de cada Estado por indivíduo (gasto *per capita*), variou de R$6,28 no Acre a R$150,87 no Distrito Federal. Na mesma proporção, os orçamentos anuais variaram de R$2.565.000,00 no Acre a exorbitantes R$ 9.876.827.012,00 no Distrito Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se com o presente artigo analisar a Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça.

São inegáveis as vantagens do sistema criado pelo legislador constituinte de 1988, superando as desvantagens apresentadas pelo sistema *Judicare*, bem como pelo sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos e até mesmo o modelo combinado, ao eleger a Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça por excelência, alçando-a ao grau de função essencial à Justiça, e criando um modelo onde seus integrantes são agentes políticos, providos por concurso público e que ostentam os deveres, prerrogativas e obrigações do cargo ocupado, sem exclusividade, sem impedir a atuação do advogado privado, de escritórios modelos e até mesmo de associações.

Outro grande avanço foi a previsão em sede constitucional da prestação de uma assistência jurídica integral, e não mais apenas assistência judiciária, restrita à representação judicial. Nesse diapasão, a atuação da Defensoria Pública abrange diversas áreas extrajudiciais, através de uma aconselhamento jurídico amplo.

Mas o grande desafio que se apresenta é transformar *law in books* em *law in action*. Apesar da beleza e do avanço da legislação pátria, que prevê a assistência jurídica integral e gratuita, a realidade é bem diferente da teoria. Há necessidade de se colocar em prática aquilo que é previsto na legislação, de maneira que a Defensoria Pública realmente se transforme em instrumento de "*acesso à ordem jurídica justa*" (WATANABE, 1998, p. 128).

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos**: Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 534 p.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002, 169 p.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia *versus* metodologia?. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al (org.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira et al (org.). **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. 138 p.

MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno de. **A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça**. 2009. 435 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MORAES, Humberto Peña de, SILVA, José Fontenelle T da. **Assistência Judiciária**: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2ª. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, 236 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: O Social e o Político na Pós-Modernidade. 14ª ed. São Paulo: Cortez, 2013, 542 p.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (org.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988. p. 128-135.

A LIBERDADE RELIGIOSA E “PEC DE DEUS”: BREVE ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Gabriela Soares Balestero

INTRODUÇÃO

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 inseriu a liberdade de crença como direito fundamental no inciso VI do artigo 5º, ao tratar sobre a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. Ademais, o texto constitucional assegura o livre exercício dos cultos religiosos, garantindo-se, ainda, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias. Além disso, Constituição Federal de 1988 garante o exercício da liberdade de expressão (artigo 5º, IV da Constituição Federal), porém ultrapassar os limites constitucionais pode configurar abuso de direito[37] e grave violação aos direitos humanos.

As liberdades, de expressão e de crença, representam não somente direitos fundamentais, mas fomentam a democracia haja vista o incessante pluralismo de ideias. Esses direitos garantem a liberdade do homem e a manifestação do povo na construção de uma democracia densamente pluralista. Contudo, as ideias perpassadas sob a égide da liberdade de expressão

37. O abuso de direito, previsto explicitamente no art. 187, do Código Civil brasileiro, ocorre toda a vez que alguém, ao exercer um direito que lhe é assegurado, excede os limites estabelecidos, tanto pela lei, quando pelas finalidades sociais e econômicas, ferindo direitos de outrem.

ou de crença, algumas vezes, colidem com posições antagônicas, gerando um conflito, o que é salutar para a democracia, pois esse conflito gera reflexões e discussões e reflexões.

Entretanto, passados mais de vinte anos desde a promulgação da constituição cidadã, o sistema político brasileiro está passando por diversas crises, em especial a crise de representatividade, onde os partidos políticos não tomam partido, ou seja, que não apresentam ideologia partidária definida, não se posicionam sobre questões polêmicas ou fraturantes de nossa sociedade e, muitas vezes são portadores de atos que violam direitos humanos, não representando efetivamente aqueles que os elegeram. Como exemplo, podemos citar políticos que compõem a banca evangélica no Congresso Nacional cuja missão é a de defender os interesses de seus fiéis e não os de seus representados, misturando política e religião.

O presente estudo visa compreender até que ponto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura as liberdade de religião e de que maneira essa nova bancada pode interferir, seja positiva, seja negativamente, nas liberdades das pessoas que não se associam aos seus ritos e suas crenças. Pretende-se, ainda, verificar a constitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional 12/2015, que visa alterar o Parágrafo Único, do Artigo primeiro da Carta Magna brasileira na tentativa de substituir a expressão "todo poder emana do povo", por "todo poder emana de Deus", um verdadeiro retrocesso jurídico capaz de incentivar a prática do *"hate speech" (discurso do ódio),* discriminando minorias e não religiosos. O Projeto de Emenda Constitucional 12/2015 atualmente está aguardando Designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

1. BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PENSAMENTO E RELIGIÃO

Com o final da Segunda Guerra Mundial, em um mundo ainda devastado, diversos Estados se uniram para constituir um instrumento que serviria de leme para as relações internacionais. A Carta das Nações Unidas surge, em 1945, com o intuito de tornar o mundo um espaço democrático, onde os direitos fundamentais dos cidadãos fossem respeitados e assegurados pelos Estados-membros. Entre esses direitos, o direito à liberdade foi assegurada ainda nas primeiras linhas do referido tratado, em seu preâmbulo, onde os Estados acordavam em promover ampla liberdade aos cidadãos. No inciso terceiro, do artigo primeiro, estabeleceu-se que um dos propósitos das Nações Unidas seria o de conseguir uma cooperação internacional para estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Ainda em âmbito internacional, o Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, traz em Artigo Primeiro o comando de que os Estados-membros têm a obrigação respeitar os direitos e liberdades, sem discriminação pela emissão de opiniões políticas, tampouco por questões religiosas. Tal instrumento legal busca, ainda, um regime de liberdade pessoal e justiça social. Entende-se, portanto, que a liberdade se afigura como um preceito básico da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado garantir aos cidadãos ampla liberdade para que estes possam cumprir com suas obrigações e deveres da melhor forma, sem interferir nos direitos fundamentais de outrem.

Não há como imaginar viver em um regime democrático sem considerar que o povo seja livre para manifestar o que pensa. No período da Revolução Francesa, os representantes daquele povo promulgaram a Declaração de direitos do ho-

mem e do cidadão, em 1789. Nele, a proteção da liberdade de pensamento já se encontrava positivada com os seguintes dizeres: ‘’ Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.’’.

Nesse mesmo sentido, a liberdade de pensamento deve ser encarada como o direito que os cidadãos têm de exprimir ou não um pensamento sem a intervenção de terceiros, desde que não esbarre nos direitos e garantias de outros cidadãos. Tal liberdade caracteriza-se como sendo uma exteriorização do pensamento em seu sentido mais abrangente, ou seja, como pura consciência, como pura crença, mera opinião[38].

Trata-se, ainda, da liberdade que o cidadão tem de exprimir o que pensa, de formular juízos e ideais sobre si ou sobre seu meio. Nessa toada, para que se configure a existência da liberdade de pensamento ou consciência, há que se compreender que inexiste a possibilidade de censura prévia por parte do Estado, cabendo ao Poder Judiciário analisar eventuais abusos, responsabilizando civil e criminalmente seus autores[39].

A própria Carta Constitucional brasileira assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, bem como as indenizações em caso de dano material, moral ou à imagem, conforme disposto no inciso V do Artigo 5º. Trata-se, pois, de mecanismo constitucional para coibir – mas não proibir -, a colisão de direitos quando um agente extrapola sua liberdade de pensar garantido constitucionalmente. Por essa razão é que o texto constitucional assevera que a resposta ao agravo deve ser proporcional, evitando, desta forma, violação a direitos fundamentais.

A liberdade religiosa tem como marco constitucional a Carta de 1891, onde era vedado à União e aos Estados estabelecer,

---

38. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 2000, p. 244.

39. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 39.

subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos, conforme apregoava o §2º, do Art. 11. Anteriormente, na Carta Constitucional de 1824, o Brasil adotava religião católica apostólica romana como a oficial. A ausência de liberdade religiosa era marcante ao ponto de haver proibição expressa de votar aos que não congregassem da religião oficial do Estado, conforme dispunha o inciso III, do Artigo 95 do referido instrumento legal: *Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, hábeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: III. Os que não professarem a Religião do Estado.*

O princípio da separação da Igreja e do Estado passou a vigorar nas constituições seguintes, sendo vedado, inclusive a possibilidade de se manter relação de dependência ou aliança entre eles. A laicidade do Estado passa a ser integrada no curso da história política e jurídica brasileira por tratar-se de ato indispensável à dignidade da pessoa humana. Isso se deve ao fato de que em um Estado Laico, o cidadão é livre para ter ou não uma religião ou crença, bem como de praticar qualquer culto.

Nesse sentido, entende-se que a liberdade religiosa tem fundamento jurídico prescrito na Carta Magna de 88 como sendo o direito fundamental do cidadão de aderir a qualquer religião sem sofrer nenhum tipo de discriminação por essa escolha; ressalta-se, ainda, que a via oposta também é assegurada, uma vez que é conferida ao cidadão a possibilidade de não professar nenhuma fé. O Estado garante, ainda, a liberdade de culto, protegendo os locais de culto consistindo na exteriorização da crença religiosa na prática de ritos.

A liberdade religiosa e a liberdade de culto são plenamente asseguradas no ordenamento jurídico pátrio, sendo garantido ao cidadão, ainda, a liberdade de não possuir nenhuma crença, ou até mesmo de ser "satanista", pois o Brasil é um Estado Laico e, portanto, não possui uma religião oficial, tor-

nando inconstitucional o Projeto de Emenda Constitucional 12/2015, que visa alterar o Parágrafo Único, do Artigo primeiro da Carta Magna brasileira na tentativa de substituir a expressão "todo poder emana do povo", por "todo poder emana de Deus", um verdadeiro retrocesso jurídico capaz de incentivar a prática do *"hate speech" (discurso do ódio),* discriminando minorias e não religiosos.

2. A LIBERDADE RELIGIOSA X HATE SPEECH

A Constituição Federal de 1988 inseriu a liberdade de crença como direito fundamental, ao prescrever no inciso VI do artigo 5º sobre a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. Ademais, o texto constitucional assegura o livre exercício dos cultos religiosos, garantindo-se, ainda, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias. A liberdade de crença, de adesão a alguma religião e de exercício do culto respectivo integram o conteúdo da liberdade religiosa[40]. A liberdade religiosa está atrelada a autodeterminação do indivíduo sendo um efeito do próprio princípio da dignidade da pessoa humana[41].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos já assegurava declarava no Artigo XVIII, vinte e um anos antes da Convenção Americana dos Direitos Humanos, a liberdade de pensamento, consciência e religião, sendo que esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença, de manifestá-la, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. Também é digno de nota o teor do artigo 18 do Pacto Internacional dos Direitos

---

40. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 407.

41. MARTINS, Humberto. *Liberdade religiosa e estado democrático de direito*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coords.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, p. 96-111, 2009, p. 99.

Civis e Políticos que praticamente repete o teor do Artigo XVIII da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Ademais, a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969 prevê a natureza de direito fundamental à liberdade religiosa, ao proclamar no artigo 12, o direito de toda a pessoa à liberdade de consciência e de religião, significando a garantia da liberdade de conservar ou de mudar de religião ou crença ou de mudar de religião ou de crenças, além da liberdade de difusão, seja individualmente ou coletivamente, em público ou privado, de suas ideias religiosas. A liberdade religiosa, portanto, está atrelada ao exercício da religião e também ao direito de não possuir crença alguma.

A Constituição protege a liberdade religiosa atribuindo-lhe a natureza de direito fundamental, garantindo-se a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, e, prevendo a proteção e garantia da manifestação pública e exterior das convicções íntimas do indivíduo, logicamente, desde que não haja a violação de direitos considerados fundamentais, ou seja, desde que não viole os direitos humanos.

Segundo Habermas o direito fundamental à liberdade religiosa é vista uma resposta adequada aos desafios do pluralismo religioso, na medida em que esse direito desativa os potenciais de conflito entre os diversos grupos sociais. Assim, seguindo o entendimento habermasiano, segundo o inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal, a liberdade de crença é o direito de praticar a religião e de expressá-la, estando ligada à liberdade de manifestação externa, pública e privada, das convicções religiosas relevantes, não podendo haver qualquer restrição a expressão do pensamento religioso no espaço público. A manifestação do pensamento religioso é necessária para o fortalecimento da democracia[42].

42. HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo y religion*. Barcelona: Paidós, 2006, p. 127.

A manifestação de opiniões contrárias aos demais, mais aceita por aquela determinada comunidade religiosa, é elemento intrínseco à democracia. O discurso do ódio (ou hate speech) não pode ser confundido com a manifestação de opiniões contrárias. Segundo Brugger, o discurso do ódio pode ser conceituado como a utilização de palavras que possuem o objetivo de insultar, intimidar, ou até mesmo assediar e discriminar as pessoas em função de sua raça, cor, religião, orientação sexual ou gênero, instigando a violência, o ódio e discriminação[43].

A liberdade de expressão representa a possibilidade do indivíduo de decidir quais atitudes devam ser tomadas e que medidas devem ser tomadas. A esse princípio também está ligado ao princípio da liberdade religiosa, ou de culto, que, no caso sofrerá sério abalo no caso de aprovação do Projeto de Emenda Constitucional 12/2015, que visa alterar o Parágrafo Único, do Artigo primeiro da CF de 1988 ao inserir que "todo poder emana de Deus", que acarretará a prática do *"hate speech" (discurso do ódio),* discriminando minorias, que não se adequem a determinados dogmas e princípios religiosos bem como aqueles que não acreditam em Deus como ateus e agnósticos.

Desta forma, não cabe ao Estado interferir quais ideias são mais adequadas ao individuo, o que nesta seara, partindo para outro campo, caberia à família, diante de seus valores morais, religiosos e éticos obtidos da sociedade em que vive, orientar as decisões do indivíduo apenas diante do que é legalmente permitido e do que seria moralmente reprovável.

Ao certo, é que a autonomia privada, seja para a formação de uma ideia ou para a formação da consciência do individuo, é intocável pelo Estado direta ou indiretamente. Essa máxima proporciona a formação de indivíduos responsáveis e certos

43. Winfried Brugger. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.* Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, nº 15, p. 117-136, 2009, p. 118.

de si, contribuindo para o amadurecimento intelectual da sociedade, possibilitando avanços democráticos na convivência em comunidade.

Essa liberdade de expressar-se dos mais diversos modos possíveis traz uma ônus para o Estado no sentido de dever respeitar essa liberdade, pois é nela que se encontra a convicção moral e valorativa da formação intima e individual do homem. A formação do Estado Moderno carrega consigo as tradições religiosas, os dogmas cristãos, protestantes, judaicos, islâmicos, dentre outras, que devem ser sobretudo respeitadas. A liberdade de expressão, de crença, de consciência encontra-se consagrada em diversos países e convenções internacionais que asseveram, de forma instigante, o dever do Estado de respeito a essa liberdade e o dever da sociedade tolerar as suas práticas.

Toda forma de expressão é inviolável. O que não se pode negar, conforme ressaltado anteriormente, é que o exercício dessa liberdade não pode atingir outra liberdade de modo a impedir o seu exercício. Em sentido contrário, a inviolabilidade da crença também assevera a liberdade de não crer em nada, não ter religião, e aceitar, ser tolerante com quem não tem religião ou discorda dos pensamentos de outra religião, é intrínseco a essa liberdade.

Neste sentido, a pluralidade de pensamentos religiosos é matéria viva na formação do pensamento da sociedade brasileira. Impedir esse exercício não condiz com os princípios democráticos, que buscam na pluralidade de ideias a formação de uma sociedade mais justa.

Portanto, os espaços públicos de debate e discussão não devem ser fechados somente ao discurso religioso, devendo haver a inclusão e o respeito aos direitos humanos, pois dois dos ideais a serem atingidos no Estado Democrático de Direito são a preservação da liberdade e da igualdade.

3. MINORIAS RELIGIOSAS: A IGUALDADE NA DESIGUALDADE

A denominação minorias não está relacionada a qualquer quantidade numérica e sim a um grupo de pessoas que se diferenciam da maioria seja em virtude de algumas particularidades religiosas, étnicas, ou grupos de pessoas com desejos com desejos em oposição da maior quantidade numérica. Ademais, o termo minorias também pode se referir a determinados grupos que não estão no poder ou que não possuem mecanismos democráticos de acesso ao poder ou de serem ouvidos por aqueles que detêm o poder.[44]

Ademais, o conceito de minorias está diretamente relacionado à exclusão e subjugação de um grupo em relação ao meio social. A expressão minorias estaria relacionada ao critério numérico e as particularidades e diferenças dentro da sociedade a que pertencem. A expressão grupos vulneráveis estaria relacionada à questão de poder perante a sociedade, estando diretamente relacionada à exclusão social como ocorre com os idosos, os deficientes, as crianças, os homoafetivos e as mulheres.

As minorias étnicas, linguísticas e religiosas são as únicas listadas no artigo 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos. As minorias étnicas são grupos que apresentam entre seus membros, traços históricos, culturais e tradições comuns, distintos dos verificados na maioria da população. As minorias linguísticas são aquelas que usam uma língua (independentemente de ser escrita) diferente da língua da maioria da população ou da adotada oficialmente pelo Estado. Já as minorias religiosas são grupos que professam uma religião distinta da maior parte da população, ou apenas não possuem crença, como o ateísmo.

---

44. PEREIRA DOS ANJOS, Cláudia Giovannetti. O Supremo Tribunal Federal e a proteção às minorias. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p 331-332.

Segundo afirma Juan Mendez, perito da Organização das Nações Unidas: "recebemos muitas queixas, cujo fator central é a perseguição religiosa". Assim, o respeito a liberdade religiosa assegura que as minorias religiosas possuam absoluta liberdade de crença e culto, bem como igual tratamento por parte da sociedade e do Estado sem qualquer discriminação.

Os princípios fundamentais dos direitos humanos são pautados na igualdade tanto no âmbito formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei e material, no sentido de que todos sejam efetivamente no âmbito social; e na não discriminação, pois se todos os seres humanos são dotados de dignidade humana, os direitos dela decorrentes devem ser protegidos e amparados de maneira uniforme de maneira a proteger a identidade de cada um, independente de cor, gênero, orientação sexual ou capacidade física.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 prevê no art. 3º como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como a religião, por exemplo. Segundo Roger Raupp Rios "o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito [...] independentemente das peculiares circunstâncias de cada situação concreta e da situação pessoal dos destinatários da norma jurídica"[45].

Ademais, o Brasil é um Estado laico, e essa laicidade torna pacífica a relação entre os entes políticos e os agentes religiosos. Como exemplo dessa aproximação é a garantia concedida pela Constituição de que exista a assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva, seja em hospitais públicos ou privados ou estabelecimentos prisio-

45. RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:* a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 282.

nais. O direito de receber assistência religiosa é garantido, respeitando-se, ainda, a crença do assistido.

A PEC nº12/2015 visa alterar o Parágrafo Único, do Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que possui a seguinte redação: '' Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.''. Com a alteração sugerida pela PEC n. 12/2015 passará a vigorar nos seguintes termos: ''Todo o poder emana de Deus, que o exerce de forma direta e também por meio do povo e de seus representantes eleitos, nos termos desta Constituição."A Proposta foi justificada pelo Deputado do PSOL Cabo Daciolo por entender que as Sagradas Escrituras determinam que ''não há autoridade que não venha de Deus''.

Destaca-se, ainda, que o Parágrafo Único, do Artigo 1º da CRFB/88 traz orientações de cunho político, dando a titularidade do poder político ao povo, tornando a nova redação desconexa com a verdadeira função normativa do comando e, por sua vez, em total desacordo com os preceitos constitucionais.

A mera intenção de balizar a Carta Política de um Estado declaradamente laico pelas escrituras sagradas, por si só, se configura em forte afronta à liberdade religiosa, pois conforme explanado, a liberdade religiosa consiste em respeitar as minorias religiosas, os ateus, e até mesmo os satanistas, não sendo possível que a tentativa de padronização do dogma cristão viole a liberdade dos que escolheram não acreditar em religião alguma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tomarmos como ponto de partida o atual cenário político brasileiro, bem como a formação de novos grupos de pressão no parlamento brasileiro, identificamos que a liberdade de pensamento e religiosa possuem plena salvaguarda nas normas legais em âmbito internacional e interno.

No entanto, verificou-se que em regimes democráticos, o respeito à liberdade religiosa engloba tanto a possibilidade de se escolher uma crença a seguir quanto a possibilidade de não se crer em nada. O Brasil, em sua história constitucional, aboliu a obrigatoriedade de vinculação do cidadão a uma religião na Carta Constitucional de 1891.

O tipo ideal de democracia é aquela em que há um aprofundamento da identidade popular, possibilitando que as funções públicas sejam exercidas com maior participação dos cidadãos, criando-se novos espaços públicos e novos agentes.

Ademais, os princípios fundamentais dos direitos humanos são baseados na igualdade e na não discriminação, pois se todos os seres humanos são dotados de dignidade humana, os direitos dela decorrentes devem ser protegidos e amparados de maneira uniforme de maneira a proteger a identidade de cada um, independente de cor, gênero, orientação sexual ou capacidade física.

Como já analisado, a Constituição protege a liberdade religiosa atribuindo-lhe a natureza de direito fundamental, garantindo-se a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, e, prevendo a proteção e garantia de manifestação pública. Contudo, essa liberdade de expressão possui como limite, a não violação de direitos considerados fundamentais, ou seja, dos direitos humanos.

Assim, não é qualquer manifestação pública do pensamento ou convicção religiosa que pode ser considerado "discurso do ódio", pois o *hate speech,* como vimos, possui como pressuposto a intenção de ofender e de provocar a violência contra determinados grupos ou pessoas por motivos religiosos, sexuais, raciais, etc.

Seguindo o entendimento de Canotilho ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se

com os direitos subjetivos de participação e de associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia[46].

Ressalta-se, ainda que, embora sejamos um país laico, o Estado não abriu mão das relações com a Igreja, existindo em nosso ordanamento jurídico, uma série de atos que vinculam os ditames religiosos com a vida civil dos cidadãos, a exemplo do casamento religioso com efeitos civis.

A manutenção das relações entre o Estado e a Igreja, porém, devem respeitar os limites do *status quo* da laicidade, não sendo viável propôr emendas à Constituição que visem alterar o sistema político nacional em detrimento de crenças. No caso em tela, verificamos que a Proposta de Emenda Constitucional 12/2015 é claramente inconstitucional por tentar inserir crenças pessoais no ordenamento jurídico, tentando colocar Deus e o povo como titulares do poder político.

Portanto, para conviver em uma sociedade complexa é necessária a tolerância a opiniões contrárias, o respeito aos direitos humanos. Assim, inibir a manifestação pública das religiões é afronta à dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito, que prevê a livre circulação de ideias e opiniões, desconsiderando o sistema constitucional de harmonização dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA.

AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. *O potencial transformador dos direitos "privados"*

46. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2.001, p. 288.

no constitucionalismo pós – 88: igualdade, feminismo e risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 882, 2009, p. 45-60.

BERGOGLIO, Maria Inés. *Desiualdades en el acceso a la justicia civil diferencias de gênero.* En revista de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciências Sociales, Universidad Nacional del Argentina, 2007, p. 1-12.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2.001.

FISS, Owen M. *Qué es el feminismo?* Congreso del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, diciembre, 1992.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça.* Boitempo Editorial: São Paulo, 2010.

FRANÇA. Déclaration des Droits de L´homme Et de Citoyens. Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789.

YOUNG, Iris Marion. *Representação política, identidade e minorias.* São Paulo: Lua Nova, 67, 2006, p. 139-190.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós – Nacional: ensaios políticos***.** São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro***.** São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A nova intransparência: a crise do Estado de Bem Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas***.** Novos Estudos: CEBRAP, n.18, set. 87, p.77-102.

HABERMAS, Jurgen. *Entrevista de Jurgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels*. Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997, p. 85-102.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo y religion*. Barcelona: Paidós, 2006.

MARTINS, Humberto. *Liberdade religiosa e estado democrático de direito*. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coords.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, p. 96-111, 2009.

MACHADO, Antônio Claudio da (Org). 2011. *Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo.* – 2. ed. – Barueri, SP: Manole.

MENDES, Gilmar Ferreira. 2014. *Curso de Direito Constitucional.*/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev e atual. – São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio,* Prefácio Ives Gandra da Silva Martins; Apresentação Ney Prado. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL Stuart. *O Governo Representativo.* São Paulo: Escala, 2006.

MORAES, Alexandre de. 2006. *Direito Constitucional.* 19. ed. – São Paulo: Atlas.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt.* Trad. Menelick de Carvalho Neto. In Revue Française de Science Politique, vol.42, n.1, fev.1992.

MOUFFE, Chantal. *Feminismo, ciudadanía y política democrática radical.* México: Debate Feminista, março, 1993.

MÜLLER, Friedrich. *Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?* Porto Alegre: Unidade editorial, 2000.

PAUTASSI, Laura C. *Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas.* In SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 6, ano 4, 2007.

PEREIRA DOS ANJOS, Cláudia Giovannetti. O Supremo Tribunal Federal e a proteção às minorias. In: AMARAL JUNIOR, Alberto; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 327-350.

RICCEUR, Paul. *Leituras 1: em torno ao político. Tolerância, intolerância, intolerável.* São Paulo: Brasil, 1995.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:* a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 2000.

Winfried Brugger. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.* Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, nº 15, p. 117-136, 2009.

LEGISLAÇÃO UTILIZADA

BRASIL. *Constituição* (1821);

BRASIL. *Constituição* (1988);

BRASIL. *Decreto nº 678/92*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969;

BRASIL. *Decreto Nº 19.841/45*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas;

A INCONVENCIONALIDADE DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS BRASILEIRAS DE PUNIÇÃO JUVENIL: LIÇÕES DO CASO "MENDOZA E OUTROS X ARGENTINA" - CORTE IDH (2013)

Hamilton Gonçalves Ferraz

INTRODUÇÃO

A redemocratização brasileira pós-1988 é um período de contradições: de um lado, lutas e rupturas significativas, buscando efetivar direitos e garantias fundamentais, e, de outro, permanências autoritárias consideráveis, tanto em nível normativo (como, por exemplo, o CPP de 1941), como também em termos culturais, sociais e suas respectivas práticas reais, seja no Judiciário ou no Legislativo[47]. A Justiça Juvenil brasileira é um exemplo marcante deste período de contradições e complexidades em matéria de direitos humanos e fundamentais.

47. Sobre esta história, relativamente à Constituição de 1988, SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 155-182; Vera Malaguti Batista critica a letalidade do sistema penal do regime democrático recente, que "tortura e mata mais do que o ciclo militar" (BATISTA, 2010, p. 29). Observando que uma das marcas da experiência democrática brasileira contemporânea encontra-se na dicotomia *subintegração* (grupos sociais excluídos, à margem de direitos e garantias fundamentais) e *sobreintegração* (grupos de poder que usam o direito para seus próprios interesses privatísticos, seguros de sua impunidade), NEVES, 2012, p. 248-258.

Se é possível afirmar que nosso sistema de Justiça Juvenil constitui um modelo normativo exemplar, ao priorizar os direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes (um ideal que, infelizmente, não é ratificado pela realidade empírica subjacente de nosso país), por outro, sua edificação e desenvolvimento sofre constantes afrontas pelo Congresso Nacional, que encampa incontáveis projetos legislativos de repressão voltados a adolescentes autores de ato infracional, em sua quase totalidade informados por ideologias punitivistas e retributivistas de fundo, incompatíveis com os ideais emancipatórios lançados por nossos constituintes[48].

Para além de problemas de compatibilidade constitucional, o presente trabalho objetiva verificar se as atuais propostas legislativas em matéria de responsabilização juvenil se conformariam à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Para tanto, analisa-se o recente caso "Mendoza e outros x Argentina", de 2013, no qual a Corte IDH, ao responsabilizar o Estado argentino pela violação de direitos humanos em prejuízo de pessoas condenadas a pena de prisão ou reclusão perpétuas quando ainda eram menores de idade, fez verdadeiro controle de convencionalidade sobre seu sistema de Justiça Juvenil, impondo a sua modificação segundo as normas internacionais na matéria. Nossa hipótese consiste, assim, em verificar se é possível a extração de parâmetros interpretativos a partir do referido caso, para, em um segundo momento, examinar a convencionalidade dos projetos legislativos nacionais.

Assim, em um primeiro momento, faremos uma apresentação básica da moldura normativa do sistema de justiça juvenil brasileiro, demonstrando sua atual conformidade às

48. Sobre isto, CAPPI, 2011.

normas e princípios internacionais na matéria; na sequência, será feito um levantamento dos principais projetos legislativos de responsabilização juvenil; após, breves notas a respeito das posições da Corte IDH sobre Justiça Juvenil, concretizadas na paradigmática Opinião Consultiva 17 e, mais especificamente, o caso "Mendoza e outros x Argentina" para, ao final do trabalho, problematizar-se a convencionalidade das propostas legislativas brasileiras.

1. A JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRA: LINEAMENTOS DE UM SISTEMA EM CONFORMIDADE À PROTEÇÃO INTEGRAL

Anteriormente à redemocratização, vigia no Brasil um sistema tutelar, baseado na chamada "situação irregular" consagrada pelo Código de Menores de 1979, a qual, diferenciando crianças e adolescentes de "menores infratores ou delinquentes", considerava os últimos como objetos, e não como sujeitos, com respeito a seus interesses e sua condição diferenciada de existência (SPOSATO, 2006, p. 45-49). Com isso, o Estado se permitia, na justificativa de fazer o "bem" aos menores, toda sorte de intervenção arbitrária e, quase sempre, desproporcional e violenta[49].

A redemocratização abriu espaço para rupturas consideráveis no tratamento até então vigente, de modo que, temos, hoje, um vasto complexo normativo que rege a Justiça Juvenil brasileira contemporânea: Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (Decreto 99.710/1990); Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/1992); Diretrizes de Riad e Regras de Tóquio (1990); Constituição de 1988; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e Lei do Sistema Nacional de Atendimento

49. Sobre isso, por todos, CARVALHO; FERNANDES e MAYER, 2012.

Socioeducativo (Lei. 12.594/2012). Em todas estas normas, os princípios reitores são, essencialmente, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos em especial condição de desenvolvimento e, como corolário lógico, o superior interesse destes últimos, a indicar tratamento jurídico que não represente desapreço a seus direitos, e, menos ainda, estigmatização ou exclusão (SHECAIRA, 2015, p. 44-65).

Concretamente, em relação ao sistema de responsabilização juvenil infracional, voltado para adolescentes entre 12 e 18 anos, este viés protetivo se manifesta em termos de direito material; de direito processual e de execução (no que se poderia chamar de "execução" socioeducativa, regulada pela Lei do SINASE).

No que diz respeito ao direito material, em especial, o ato infracional, destacam-se as garantias da legalidade (art. 103 e 106, ECA); culpabilidade (art. 112, §1º e 3º) e proporcionalidade (art. 35, I, segunda parte, Lei do SINASE).

Em relação à sanção (no caso brasileiro, a "medida socioeducativa"), verifica-se sua referência em torno à responsabilização do adolescente e sua integração social (art. 1º, §2º, Lei do SINASE); a observância aos postulados de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento pelas medidas de privação de liberdade (art. 227, §3º, V, CRFB e art. 121, caput, ECA); a imprescindibilidade de sua individualização (art. 35, VI, Lei do SINASE) e intervenção mínima (art. 35, VII, Lei do SINASE). Estas orientações, dentre outras, consolidam-se em um rol amplo, variado, e taxativo de medidas socioeducativas, previsto no art. 112 do ECA, cuja medida de aplicação mais excepcional e restrita é a medida de internação.

No que diz respeito ao processo socioeducativo, o sistema brasileiro consagra direitos individuais e garantias processuais fundamentais nos artigos 106 a 111 do ECA. Traços

distintivos deste procedimento consistem na observância da celeridade (no caso de adolescente internado provisoriamente – antes de sentença condenatória -, o procedimento tem o prazo improrrogável de 45 dias – arts. 108 e 183, ECA) e a possibilidade de remissão, isto é, a possibilidade de perdão (remissão pura e simples); suspensão ou extinção do processo (cumulada ou não com medida socioeducativa), segundo os requisitos do art. 126, ECA.

Finalmente, no que diz respeito à execução das medidas socioeducativas, uniformizada e consolidada em uma lei – no caso, a Lei 12.594/2012 – Lei do SINASE -, destaca-se, em função da indeterminação prévia das medidas, a necessidade de sua reavaliação periódica (art. 43, Lei do SINASE), que assegura ao adolescente autor de ato infracional a possibilidade de revisão de sua atual situação e constitui, dessa forma, ponto fundamental para um viés mínimo de ressocialização ou reintegração do adolescente ao meio social, vistos aqui como direitos fundamentais destes sujeitos.

Apesar de o Brasil ostentar um sistema de Justiça Juvenil capaz de permitir uma máxima expansão de direitos e garantias para adolescentes autores de ato infracional, não é o que se observa na realidade empírica. De um lado, manifesta-se crescente processo de encarceramento de massa juvenil, impulsionado por forte atuação repressiva das forças policiais e pela proatividade do Poder Judiciário, o qual, conferindo interpretação menorista às garantias e direitos consagrados no ordenamento, nega-lhes efetividade e, assim, contribui decisivamente para o aprisionamento juvenil, que se dá em instituições e unidades de internação (quando existem), em sua boa parte, superlotadas e sem mínimas condições de salubridade[50]. De outro lado, são notórias as constantes inves-

50. Para pesquisas demonstrando o viés menorista do Judiciário brasileiro e, conse-

tidas legislativas de cunho repressivo-punitivo em matéria de responsabilização juvenil (notadamente, projetos de redução da maioridade penal e aumento do tempo de internação para adolescentes autores de ato infracional).

2. BREVE PANORAMA DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS CONTEMPORÂNEAS: ENTRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O AUMENTO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO

2.1 PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

De acordo com a Fundação Abrinq[51], há atualmente, pelo menos, quatro Propostas de Emenda Constitucional com o objetivo de reduzir a maioridade penal[52]. As de maior destaque recente são a PEC 171/1993, proveniente da Câmara dos Deputados, e a PEC 33/2012, oriunda do Senado Federal.

A PEC 171/1993, remetida para o Senado, reduz a maioridade penal para casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, observando o cumprimento de pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores de idade inimputáveis; a PEC determina ainda que a União, os Estados e o Distrito Federal criarão referidos os estabelecimentos[53].

---

quentemente, sua contribuição ao encarceramento juvenil, SOUZA, FERRAZ, 2017; CORNELIUS, 2014; SPOSATO, MINAHIM, 2011; CARVALHO, 2015.

51. Caderno Legislativo 2016, lançado em 03/05/2016. https://issuu.com/fundacaoabrinq/docs/af_caderno_legislativo_2016_total_a. Acesso em: 16/05/2017.

52. São elas: PEC 115/2015, com origem na PEC 171/1993; PEC 74/2011; PEC 33/2012; PEC 21/2013.

53. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3D33DE67B6282C879B21CF263C1F6D31.proposicoesWeb2?codteor=1375394&filename=Tramitacao-PEC+171/1993

A PEC 33/2012[54], que, no momento, se encontra em pauta para ser votada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, altera (nos termos da proposta substitutiva do Senador Ricardo Ferraço, PSDB-ES), o art. 228 e o art. 129 da Constituição para criar hipóteses de redução da maioridade penal condicionadas ao que a PEC chama de "incidente de desconsideração de inimputabilidade". Trata-se de um instrumento passível de ser proposto, privativamente, pelo Ministério Público e julgado pelo juiz competente para infância e juventude, cabível diante de um extenso rol de crimes, que deve também levar em consideração a capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como de seus antecedentes, assegurada a ampla defesa técnica por advogado e o contraditório. Até que transite em julgado, o incidente provoca efeito suspensivo da prescrição; e, sendo admitido, o adolescente deve cumprir pena em estabelecimento separado dos maiores de 18 anos[55].

Ressalte-se que, pelas principais pesquisas de opinião do país, são propostas que contam com forte aprovação popular (em torno de 80 a 90% da população, segundo as pesquisas comumente veiculadas pela mídia).

2.2 PROPOSTAS DE AUMENTO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO

De outro lado, aglutinam-se propostas no sentido de reforçar o aparato de controle do sistema de Justiça Juvenil através do aumento do tempo de internação no caso da prática, por adolescente, de atos infracionais mais graves. O prin-

54. http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/19/ccj-volta-a-debater-reducao-da-maioridade-penal-por-via-constitucional?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais

55. O inteiro teor pode ser consultado aqui: http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106330.

cipal projeto dessa vertente é o PL 7197/2002, com origem no PLS 593/1999, ao qual estão apensados outros 46 projetos de lei, que propõem diversas alterações ao ECA. Entre estes, o mais representativo e de atual relevância é o PLS 333/2015, que já foi enviado para revisão na Câmara dos Deputados[56].

Além de pretender assegurar a todo tempo o contraditório e ampla defesa, e buscar uma compatibilização com postulados mínimos do Direito Penal Juvenil (como a impossibilidade de tratamento mais gravoso ao adolescente do que a um adulto), o projeto insere um §3º ao art. 122, ECA, inaugurando o que chama de "medida de internação em regime especial de atendimento socioeducativo", com duração máxima de até 10 anos, "caso o adolescente tenha praticado, mediante violência ou grave ameaça, conduta descrita na legislação como crime hediondo ou homicídio doloso" [57]. Trata-se de medida a ser cumprida em estabelecimentos diferenciados, assegurada a obrigatoriedade de atividades pedagógicas, além de atividades de educação de ensino fundamental, médio e profissionalizante, contando com a mesma dinâmica de cumprimento da medida de internação comum, ou seja, realizando-se reavaliações periódicas, contando o adolescente com um Plano Individual de Atendimento, tudo nos termos da Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei 12.594/2012).

Semelhante ao PLS 333/2015, encontra-se avançado o PLS 219/2013, aprovado, no dia 03/05/2017, em primeiro turno de votação, pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado[58]. O projeto, inicialmente voltado ao aumento das penas para o crime de corrupção de menores (art. 244-B, ECA), sofreu alteração por meio de emenda substitutiva, que, tal qual o PLS

56. http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121572

57. http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=172576&tp=1

58. Para o acompanhamento do projeto: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113036

333, também criou “regime especial de atendimento socioeducativo”, desta vez, com prazo de até 8 anos para adolescentes que tenham praticado atos infracionais descritos na legislação como crimes hediondos, mediante violência ou grave ameaça[59].

3. A JUSTIÇA JUVENIL E A CORTE IDH

3.1 UM MARCO NO DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: APONTAMENTOS ACERCA DA OPINIÃO CONSULTIVA 17/02[60]

Em 2001, a CIDH solicitou à Corte IDH uma Opinião Consultiva sobre a interpretação dos artigos 8 e 25 da CADH, para determinar (i) se as medidas especiais estabelecidas no art. 19 da Convenção constituem limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados em relação a crianças[61] e, (ii) a formulação de critérios gerais válidos sobre a matéria dentro do marco da CADH.

A Comissão alegara como fundamento a essa solicitação a constatação de que em distintas legislações e práticas dos países americanos, a vigência dos direitos e garantias previstos nos artigos 8 e 25 da CADH não era plena a respeito de crianças como sujeitos e atores na jurisdição penal, civil e administrativa, uma vez que seria assumido que a obrigação de proteção do Estado para suprir a falta de plena capacidade dos menores poderia colocar tais garantias em segundo plano.

Em essência, o problema enfrentado pela Corte IDH, consagrando então a Opinião Consultiva 17 de 2002, era a convencionalidade dos ordenamentos de certos países sujeitos à

59. Para consultar o inteiro teor do projeto: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5279053&disposition=inline

60. Para consulta do inteiro teor da Opinião Consultiva, conferir http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

61. Artigo 19. Direitos da criança: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Corte, que possuíam legislações juvenis de cunho tutelar, consagrando a doutrina da situação irregular.

A Corte IDH, desse modo, formulou Opinião Consultiva estruturada, basicamente, em cinco pontos: (i) definição de criança; (ii) igualdade; (iii) interesse superior da criança; (iv) deveres da família, sociedade e Estado; (v) procedimentos judiciais ou administrativos em que participem crianças.

No tocante à *definição de criança*, a Corte seguiu o disposto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, preferindo um recorte simples, entre maiores e menores de 18 anos, significando "criança" toda pessoa que não tenha atingido 18 anos completos.

A Corte assumiu um *sentido material de igualdade*, em relação a menores de 18 anos: trata-se de um direito que tem por objetivo o "desenvolvimento harmonioso da personalidade das crianças e desfrute dos direitos que lhes são reconhecidos", assim, impõe obrigação de sua garantia pelo Estado nesse sentido (ponto 53). Importante anotar que em virtude dos artigos 1.1 e 24 da CADH, "os Estados não podem estabelecer diferenciações que careçam de uma justificação objetiva e razoável e não tenham como objeto único, em definitivo, o exercício dos direitos estabelecidos naquela (parágrafo 55)".

O *interesse superior da criança* representa princípio regulador da normativa dos direitos da criança, fundado na dignidade mesma do ser humano, nas características próprias da criança, e na necessidade de propiciar o desenvolvimento delas, com pleno aproveitamento de suas potencialidades assim como na natureza e alcances da convenção sobre os direitos da criança.

A família, sociedade e Estado são titulares de deveres para com a criança, sendo a primeira seu núcleo central de proteção. O Estado é obrigado a garantir instituições e pessoas qualificadas para a oportuna proteção dos interesses da crian-

ça e da família, bem como assegurar as medidas necessárias para que sua vida revista condições dignas.

O ponto de maior relevo da OC 17/02, contudo, consiste no reconhecimento e enunciação dos direitos derivados do devido processo legal a crianças e adolescentes em qualquer tipo de procedimento judicial. Dessa forma, os Estados são obrigados a assegurarem, minimamente, as garantias de legalidade, de julgamento de menores de idade por órgãos jurisdicionais distintos, a participação efetiva da criança nos procedimentos a que seja submetida, além dos princípios tradicionais do juiz natural, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, contraditório, publicidade (no sentido de proibição de estigmatização da criança) e justiça alternativa (incentivando, sempre que possível, a solução de conflitos por meios alternativos ou conciliatórios).

Em síntese, a OC 17/02 consolida, no âmbito da jurisprudência da Corte IDH, os principais vetores da doutrina da proteção integral, e, dessa forma, permite a esta o controle de convencionalidade de sistemas concretos de justiça juvenil, analisando a adequação ou não de procedimentos e sanções em relação à CADH e os tratados e documentos internacionais na matéria. E seria exatamente isso que a Corte IDH faria onze anos depois, no Caso "Mendoza e outros x Argentina", de 2013.

3.2 O CASO "MENDOZA E OUTROS X ARGENTINA", CORTE IDH (2013)[62]

Em 2013, a Corte IDH declarou internacionalmente responsável a República Argentina por violações de direitos humanos cometidas ao impor penas de privação perpétua de liberdade a cinco pessoas, por delitos cometidos durante a infância (Cé-

62. Para o inteiro teor da sentença, conferir <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf>; um resumo do caso encontra-se disponível no seguinte endereço: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_260_esp.pdf>.

sar Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández, Saúl Cristian Roldán Cajal e Claudio David Nuñez). A Corte decidiu pelas seguintes razões: (i) os Códigos processuais penais aplicados não permitiam uma revisão ampla das sentenças por um juiz ou tribunal superior; (ii) não foi dada adequada atenção médica a um dos menores de idade mencionados; (iii) duas das pessoas referidas foram submetidas a tortura durante seu encarceramento, sem que o Estado tenha investigado estes fatos adequadamente (iv)e por não se ter investigado adequadamente a morte de uma daquelas pessoas enquanto se encontrava sob custódia do Estado.

Para além da estipulação de deveres de reparação às vítimas e de investigação dos delitos praticados contra elas, no que diz respeito ao sistema de Justiça Juvenil, o Caso "Mendoza e outros" consagra um verdadeiro controle de convencionalidade operado pela Corte IDH sobre a legislação juvenil argentina, declarando-a incompatível com a CADH e impondo sua modificação pelo Estado.

Vale ressaltar, para esclarecer os fatos submetidos a exame pela Corte, que os referidos menores de idade, para além de restar provada sua origem pobre e socialmente marginal, praticaram crimes graves durante seu período de menoridade (como, por exemplo, roubo qualificado e homicídio qualificado).

No Caso "Mendoza e outros", a Corte IDH analisou, primeiramente, a maioridade na Argentina. À época dos fatos, segundo a legislação então vigente, as vítimas deveriam ter recebido tratamento especial como menores de idade até cumprirem a maioridade aos 21 anos. Tal fato e a forma com que se deveria se dar esse "tratamento especial" não restou esclarecido pelo representante do Estado argentino.

Em um segundo momento, analisou-se brevemente a Lei 22.780/1980, modificada pela última vez em 1989 pela Lei

23.742. Trata-se de uma lei de responsabilização juvenil, concebida e promulgada pela última ditadura militar, ainda hoje vigente, aplicável a menores de idade que, no momento da comissão do fato delitivo que se lhes imputa ainda não tenham cumprido 18 anos de idade.

A Lei 22.780/1980 estabelece as seguintes distinções: (i) a partir dos 18 anos, regime penal adulto; (ii) abaixo de 18 anos, regime diferenciado. Estabelecem-se dois subgrupos: (a) menores de 16 anos, que não são puníveis e (b) menores entre 16 e 18 anos, que são puníveis, desde que tenham praticado delito de ação pública a que seja cominada uma pena maior a dois anos de prisão.

A Corte IDH criticou severamente o formato tutelar da referida legislação, uma vez que ela não prevê limitação temporal para as medidas. Um menor de idade, ao completar 18 anos, e tendo sido submetido a tratamentos tutelares por um período de pelo menos um ano, pode vir a sofrer uma pena dentre as previstas no Código Penal argentino (cf. art. 4º, Lei 22.780). A pena passa a depender, fundamentalmente, de indicadores subjetivos como os que caracterizam o período de tratamento tutelar.

Passando às considerações da Corte, verifica-se que ela baseou sua sentença nos princípios do interesse superior da criança, autonomia progressiva e participação da criança, como informadores relevantes no desenho e operação de um sistema de responsabilidade penal juvenil. Corolários a estes postulados, a Corte enunciou o princípio de tratamento diferenciado entre adultos e menores de idade, e, consequentemente, o *princípio da proporcionalidade* como orientador da sanção cabível a menores de idade que tenham praticado delitos durante a menoridade.

O ponto crucial da sentença está nos *critérios desenvolvidos para verificar ou não a arbitrariedade das sanções de privação de liberdade aplicadas a menores de idade*. A Corte

enumerou três parâmetros para essa análise: *a) "ultima ratio" e máxima brevidade*, no maior sentido restritivo possível; *b) delimitação temporal desde o momento de sua imposição*, proibindo-se a aplicação de penas privativas de liberdade com duração indeterminada ou que redundem na privação de dito direito de forma absoluta; *c) revisão periódica das medidas de privação de liberdade de menores de idade.* Ou seja, para a Corte IDH, uma sanção de privação de liberdade contra menores de idade não é arbitrária quando ela é o mais breve e excepcional possível; é delimitada temporalmente desde sua imposição e possibilita sua revisão periódica.

A medida de privação de liberdade relativa a menores de idade deve obedecer, também, ao *princípio do interesse superior da criança e a máxima satisfação de seus direitos*, tendo por finalidade sua *reintegração social*.

Dessa forma, o tribunal considerou que a prisão e reclusão perpétuas, por sua própria natureza, não cumprem com a finalidade de reintegração social de menores de idade, pois implicam em máxima exclusão, com sentido meramente retributivo. Não são, dessa forma, proporcionais.

Vale notar que a Corte reconheceu, na sequência, que a desproporcionalidade das penas impostas e seu alto impacto produzido sobre os menores de idade, pelas considerações já assinaladas, constituíram tratos cruéis e desumanos, em violação aos direitos reconhecidos nos artigos 5.1 e 5.2 da CADH, afetando também os direitos de seus familiares.

O Estado argentino foi, dessa forma, responsabilizado não apenas a reparar as vítimas e suas famílias, mas, também, a modificar seu direito interno. A Corte assinalou que o dever de adequação do direito interno à CADH possui duas vertentes: a) supressão de normas e práticas de qualquer natureza que representem violação a garantias previstas na conven-

ção; b) expedição de normas e desenvolvimento de práticas condizentes à efetiva observância de garantias.

Muito embora a Argentina tenha promulgado lei de garantias e proteção integral a crianças e adolescentes (a Lei 26.061/05), a Corte observou que ela regulou somente aspectos procedimentais. Uma vez que as sanções penais ainda se regem pela Lei 22.278/1980 e pelo Código Penal argentino, que seguem vigentes, o Estado continuaria descumprindo o art. 2º da CADH, em relação com artigos 7.3 e 19.

Finalmente, restou consagrada a garantia de não repetição, isto é, o dever do Estado argentino em não permitir que uma situação como a ocorrida no Caso "Mendoza e outros" volte a acontecer com nenhuma outra criança.

4. A INCONVENCIONALIDADE DOS PROJETOS LEGISLATIVOS REPRESSIVOS BRASILEIROS

Com base na OC 17/02 e no Caso "Mendoza e outros", resta claro que nenhuma medida legislativa em discussão atualmente no Congresso satisfaz a garantia de direitos humanos e fundamentais a adolescentes que tenham praticado atos infracionais.

Todos os projetos de redução da maioridade penal incorrem em violação à igualdade, por equiparar em consequências menores de idade a pessoas adultas. Ainda que a Corte admita certa flexibilização desta idade pelos Estados, por certo que a imposição de penas a adolescentes, da forma como o sistema penal brasileiro se encontra hoje (em verdadeiro "estado de coisas inconstitucional", como ilustra o pleito da ADPF 347), incide em grosseira desproporcionalidade.

Os projetos de aumento do tempo de internação, por outro lado, merecem análise diferenciada. Isso porque se, por um lado, consagram limites mínimos de tempo, não são direcio-

nados a qualquer ato infracional e permitem revisão periódica, por outro, são flagrantemente desproporcionais, inviabilizando qualquer finalidade de reintegração ou ressocialização à sanção de privação de liberdade.

Um exemplo simples demonstra a irracionalidade das propostas: um adolescente primário de 15 ou 16 anos que venha a praticar um homicídio qualificado (crime hediondo), teria, diante de si, um horizonte máximo de privação de liberdade em regime "especial" de internação de 8 a 10 anos (dependendo do projeto legislativo). Ele poderia passar de 8 a 10 anos internado, saindo do sistema socioeducativo apenas com 23 a 26 anos de idade – perdendo a parte mais significativa de sua adolescência e início da fase adulta sujeito à Justiça Juvenil, o que traria danos irreversíveis ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como aos direitos de seus familiares. Não há proporcionalidade nem qualquer possibilidade de reintegração social do menor de idade nestas condições.

Dessa forma, caso não seja reconhecida a manifesta inconstitucionalidade das propostas tanto de redução da maioridade como de aumento do tempo de internação, por certo tais projetos afrontam os entendimentos da Corte IDH em relação à garantia de direitos humanos e fundamentais na Justiça Juvenil, o que lhes torna manifestamente inconvencionais. Se o Judiciário brasileiro eventualmente permitir a promulgação e vigência destas afrontas, poderá ser deflagrado procedimento de responsabilização internacional do Estado brasileiro perante a Corte IDH.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem experimentado ameaças e abalos consideráveis a direitos e garantias fundamentais, sequer satisfatoriamente efetivados em sua história democrática recente.

Por muito tempo, o constitucionalismo brasileiro depositou parcela considerável de suas esperanças na atuação proativa do Supremo Tribunal Federal, com base na expectativa de realização da Carta de 1988 pela via judicial.

Em alguns momentos, de fato, o STF corajosamente encampou lutas e demandas sociais emancipatórias, de que são exemplos mais vibrantes a constitucionalidade da união homoafetiva e, do ponto de vista penal, a possibilidade de aborto de feto anencefálico.

Entretanto, uma vez que o Brasil se encontra inserido em um sistema internacional de proteção de direitos humanos, é chegada a hora de se pensar direitos e garantias para além da Constituição e do Supremo (em uma visão mais estreita de neoconstitucionalismo), observando também os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, em especial, a jurisprudência da Corte IDH, perante a qual o Brasil, infelizmente, é réu recorrente, descumprindo com obrigações e deveres impostos pela CADH[63].

Por todo o exposto, caso os direitos e garantias das crianças e adolescentes brasileiros sejam vulnerados, pela ação ou inação legislativa ou judiciária, no que diz respeito ao incremento da punição e responsabilização juvenil, o Brasil afrontará a Corte IDH, à qual incumbirá a missão de defesa última destes direitos humanos e fundamentais. Como dito anteriormente, apesar de verificarmos manifesta inconvencionalidade das propostas legislativas abordadas no trabalho, não é possível prever qual seria, exatamente, a decisão da Corte sobre estes projetos.

Sabe-se, porém, que, em breve, ela julgará a responsabilidade do Brasil pelo estado de seu sistema prisional, e nos casos reunidos para julgamento, encontram-se também violações de direitos humanos cometidas em unidades socioe-

63. Sobre um "neoconstitucionalismo internacionalizado", a partir do qual se defende, em síntese, a construção de um amplo direito constitucional internacional, LEGALE, 2015.

ducativas de internação para adolescentes[64]. Nesse "estado de coisas inconvencional" em que se encontra o sistema de Justiça Juvenil brasileiro[65], mostra-se bastante provável que os referidos projetos legislativos, que atingem de forma tão intensa os direitos de crianças e adolescentes autores de ato infracional, sofreriam grande repúdio internacional. A jurisprudência da Corte IDH é, no mínimo, um obstáculo considerável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; ______ (orgs). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 29-36.

CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão e MAYER, Denise Both. Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral. In: CRAIDY, Carmem Maria et. al (orgs.). **Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei**. Porto Alegre: Mediação, 2012, p. 17-30.

______. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul.-dez., 2015.

CAPPI, Riccardo. **Motifs du controle et figures du danger**: L'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien. Tese de Doutorado. Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, 2011.

64. http://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html

65. Nos mesmos moldes do conceito de "estado de coisas inconstitucional", o "estado de coisas inconvencional" se caracterizaria por três aspectos: (i) violação massiva aos direitos humanos; (ii) omissão persistente do Estado em cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos e (iii) um litígio estrutural entre das entidades do Estado no plano horizontal da separação dos poderes, e vertical dos entes da federação (LEGALE, ARAÚJO, 2016, p. 72).

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O controle jurídico-penal de adolescentes: o exemplo da internação provisória na jurisprudência do STJ e do TJRS em casos de tráfico de drogas. **Revista de Estudos Empíricos de Direito**, São Paulo-SP, vol. 1, n. 2, jul 2014, p. 100-121.

LEGALE, Siddharta. Neoconstitucionalismo internacionalizado e internacionalização do direito: o engajamento tardio do direito constitucional do Brasil na esfera internacional. In: Carmen Tirburcio. (Org.). **Direito Internacional - Coleção 80 anos da UERJ**. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 1 , p. 543-570.

______; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 67-82.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, v. 129, p. 257-284, março, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

______; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. **Revista Direito GV**. Vol. 7, n.1. p. 277-298, São Paulo, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DA PENA AO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO: UMA REFLEXÃO SOBRE A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 28, §2° DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Hugo Rogério Grokskreutz

INTRODUÇÃO.

Sem a pretensão de esgotar a temática, o presente trabalho tem por desiderato realizar uma análise sobre os dispositivos constitucionais que tratam do Direito Social ao Trabalho, para tanto, indicará os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, os objetivos do Estado, bem como, adentrará no aspecto constitucional do Direito Social do Trabalho, fazendo alusão, inclusive, ao seu status de Direito Fundamental de 2° (segunda) geração/dimensão. Em seguida será apreciado mesmo que de forma sintética o desígnio da Lei de Execução Penal, na sequência o estudo abordará o art. 28, §2° desta legislação no que tange a limitação dos Direitos Trabalhistas as pessoas que foram privadas de sua liberdade em decorrência de uma sentença penal condenatória ou medida cautelar. E ao final será indicado como resultado da pesquisa se o aludido

dispositivo da Lei n° 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recepcionada ou não pela atual Carga Magna do Brasil.

1. DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO.

A Constituição da República Federativa do Brasil já em seu início estipulou os princípios básicos que devem nortear o ordenamento jurídico e o *modus operandi* dos Poderes do Estado e dos particulares, neste sentido seu art. 1°, incisos III e IV assim estabelecem:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Da redação destes princípios basilares é possível denotar que o Estado em seus processos legislativos, de julgamento e na gestão pública se encontram compelidos a respeitar o Direito ao Trabalho e a Livre Iniciativa como forma de garantir a dignidade humana, e deverá se abster de qualquer projeto ou conduta que possa reduzir ou prejudicar esta esfera da autonomia da vontade.

Significa dizer que a todo cidadão é garantido o Direito ao Trabalho, bem como, lhe é outorgada liberdade para o exercício da livre iniciativa em meio ao capitalismo adotado pela Constituição Brasileira.

Ato contínuo o Constituinte ainda fixou objetivos a serem alcançados pelo Estado mediante a imposição de metas que foram elencadas no rol dos incisos de seu art. 3° que assim dispõe:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De acordo com o art. 3° e seus incisos o Poder Constituinte vedou a criação de qualquer norma infraconstitucional que possa prejudicar a construção de uma sociedade dotada de liberdade, justiça e solidariedade, da mesma forma dispôs que cabe ao Estado garantir o desenvolvimento nacional, evitando assim medidas que possam obstruir tal escopo ou prejudicar a igualdade, e por fim, ressaltou que o "bem de todos" é uma das metas Constitucionais, e que qualquer forma de discriminação deve ser rechaçada em meio ao sistema normativo.

Se não bastasse os desígnios supracitados a Lei Maior ainda permitiu a toda pessoa a liberdade para se autodeterminar no que tange ao exercício de atividades econômicas e profissionais, ou seja, permitiu a escolha de qualquer trabalho, conforme art. 5°, caput e inciso XIII:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

> XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Vislumbra-se que a liberdade em torno do trabalho é um Direito Fundamental de 1ª (primeira) geração/dimensão, que não poderá ser mitigado pelo Estado e nem pelos particulares.

De forma coerente o Constituinte ainda atribuiu ao Trabalho posição de destaque junto ao rol de Direitos Sociais, conforme exsurge do art. 6° da Constituição Federal: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

E para que tal dispositivo tenha efetividade uma série de Direitos foram pormenorizadamente descritos nos 34 (trinta e quatro) incisos do art. 7° também da Constituição Federal, que em seu caput assim estipulou: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

Salienta-se que tanto o art. 6°, quanto o art. 7° da Carga Magna elencam Direitos Fundamentais de 2ª (segunda) geração/dimensão, que acabam por acarretar uma obrigação de cunho positivo ao Estado, no sentido de fomentar e permitir a concretude destes Direitos garantindo a todas as pessoas o acesso ao piso vital mínimo/mínimo existencial em prol da Dignidade da Pessoa Humana, valor supremo estampado no mencionado art. 1°, inciso III, da CF.

> Os direitos de segunda geração são reflexo inicialmente da crise do liberalismo, acompanhado das doutrinas socialistas emergentes que, ante os graves proble-

> mas sociais e econômicos do século XIX, requisitaram a intervenção estatal para garantir as liberdades, agora através do Estado. (THEODORO, 2009, p. 29)

Os Direito Sociais, em especial o Trabalho, não são mero enfeite constitucional criado para acalmar os ânimos de uma determinada classe ou categoria da sociedade, muito pelo contrário, trata-se de um Direito de todos os trabalhadores cuja importância pode ser assim sintetizada:

> O art. 6° da Constituição Federal de 1988 reconhece o trabalho como um direito social, isto é, um direito integrante da segunda fase ou dimensão dos direitos fundamentais, aqueles exigem uma atuação positiva do Poder Público, pois sem eles as liberdades públicas não existem, são "formulas vazias". São direitos que, para sua efetivação, necessitam de prestações por parte do Estado e, na medida em que possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados, criam condições de realização do direito à igualdade, pela possibilidade de desfrute de bens materiais e espirituais, pressupostos de sua autodeterminação. Isto posto, deve-se afirmar que o direito do trabalho, nos Estados modernos, representa direito de liberdade, fundamento indispensável ao próprio direito à vida. (FERRARI, 2011, pp. 73-74).

O dispositivo é muito claro e cogente no que tange aos trabalhadores "urbanos e rurais", vedando assim qualquer forma de distinção de Direitos trabalhistas em razão do labor ou da localização em que é desempenhado a respectiva atividade pela pessoa. "A Constituição de 1988 assegurou igualdade de direitos entre trabalhadores. Vedou a existência de desigualda-

des entre trabalhadores urbanos e rurais (art. 7°), o que representou para estes uma conquista significativa" (FACHIN, 2008, pp. 330-331), logo, não é possível qualquer forma de limitação ou restrição por meio de legislação infraconstitucional.

Salienta-se que o Direito ao trabalho previsto tanto no art. 6°, quanto nas pormenorizadas figuras do art. 7° da Constituição Federal se amoldam ao conceito de Direito e Garantias Fundamentais, petrificados pelas cláusulas do art. 60, §4°, inciso IV também da CF, logo, se trata de um núcleo que não poderá ser reduzido, mitigado ou afastado da República Federativa do Brasil.

De outro lado, a Constituição adotou expressamente o sistema econômico capitalista, dando liberdade para a pessoa exercer as atividades que julgar convenientes, todavia, é obvio que tal liberdade igualmente encontra limites no próprio bojo da Lei Maior, conforme se observa na redação e nos princípios previstos no art. 170, incisos VII e VIII:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
>
> VIII - busca do pleno emprego.

É nítida a liberdade para atuar na economia, e concomitantemente é claro o dever de reduzir desigualdades e de permitir o pleno emprego, fatores estes que corroboram com o próprio escopo da Constituição Federal alhures citado.

A proteção ao trabalhador não se restringe ao período em que este aplica suas forças e energias no desempenho de suas atividades, mas também no momento em que visa se apo-

sentar ou quando ocorre algum infortúnio que lhe impede de laborar, neste sentido também lhe é garantido – até este momento – o Direito a seguridade social (saúde, assistência social e previdência social), conforme dispõe o art. 195, e em especial o art. 193 da CF que *ipses litteris* dispõe: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

> Imune de dúvidas estarmos desde 1988 diante de uma Constituição dirigente, que ao inaugurar uma nova ordem jurídica, econômica e social abriga um modelo de bem-estar em um Estado Democrático de Direito construído sob as bases da dignidade da pessoa e valor social do trabalho. (COUTINHO, 2003, p. 369)

Portanto, não há dúvidas de que o trabalho é um Direito Fundamental de 2ª (segunda) geração/dimensão que visa a efetividade da dignidade da pessoa humana mediante a garantia do piso vital mínimo/mínimo existencial, e como tal, não pode sofrer restrições indevidas por parte o legislador infraconstitucional, independentemente do local em que a pessoa exerce o seu labor.

2. DA NÃO RECEPÇÃO DO ART. 28, §2° DA LEP E A INAPLICABILIDADE DOS DIREITOS DA CLT

Um dos ramos autônomos do Direito existentes na República Federativa do Brasil é o denominado Direito de Execução Penal, que possui normas e princípios próprios que irão regular à aplicação efetiva de uma sentença penal condenatória ao caso concreto, o cumprimento de uma cautelar de prisão, a observância aos deveres e o respeito aos Direitos da pessoa que esteja privada de sua liberdade.

"É de suma importância não confundir ou associar o direito de execução penal ao direito penitenciário, o que implicaria num grande equívoco conceitual" (ALMEIDA, 2014, p. 45), uma vez que:

> O direito penitenciário também é autônomo, distinto do direito penal e processual penal, e representa o conjunto de normas que regulamentam a organização carcerária. Diferentemente do direito de execução penal (que possui regras de direito material e direito processual), ao direito penitenciário cabe estabelecer diretrizes administrativas com o escopo de regular o ambiente da instituição, sob o aspecto da disciplina e da segurança. (ALMEIDA, 2014, p. 45)

Por se tratar de um ramo do Direito que tem por um de seus desideratos aplicar os efeitos concretos do Direito e do Processo Penal, que por sua vez resultará na incidência de uma pena, não há dúvidas de que uma das denominadas teorias da pena deverá ser respeitada, *in casu*, se trata da teoria mista, unificadora ou eclética, que mesclou as teorias absoluta/retributiva que visa punir o agente, e a teorias relativa, preventiva geral ou específica que visa indicar que a pena corrigiu o próprio agente e pode ser um exemplo para o restante da sociedade, (GROKSKREUTZ, 2010), em outras palavras, a "Lei de Execução Penal adotou a teoria mista ou eclética, em que a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Punir e humanizar, estes são os objetivos da execução" (MARCÃO, 2013, p. 29).

A Lei 7.210 de 11 de julho de 1984 pode ser vista como o microssistema legal que baliza a execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, é intitulada pelo legislador ordinário federal como Lei de Execução Penal (LEP). Tal legislação

estipula em seu artigo 1° qual é a finalidade do processo executivo penal, e expressamente dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Primeiramente, deve ser consignado que o dispositivo em tela claramente indica que a LEP se aplica em duas situações, quais sejam: a) sentença penal condenatória com trânsito em julgado; b) decisão penal interlocutória de prisão cautelar.

A sentença pode ser definida como a decisão meritória proferida pelo juízo de competência originária que julgou procedente a pretensão acusatória do órgão acusador (Ministério Público ou querelante), reconhecendo a ocorrência de um fato criminoso e sua autoria, coautoria e/ou participação (art. 387 do CPP). A execução penal não incide apenas em caso de sentença penal condenatória, mas também será aplicável em caso de sentença penal absolutória imprópria, conforme dicção do artigo 386, parágrafo único, inciso III do Código de Processo Penal, momento em que será aplicável uma medida de segurança e não uma pena (art. 96 do CP).

Por sua vez, as decisões interlocutórias são aquelas proferidas em meio ao processo penal ainda na fase de conhecimento e sem caráter de definitividade, que dentre outras situações se aplica para decretação de medidas cautelares privativas de liberdade. Na prática é a decisão de um determinado juízo que decreta a prisão preventiva ou temporária de um indiciado ou acusado. A prisão preventiva é modalidade de prisão cautelar prevista no art. 312 c/c art. 313 ambos do Código de Processo Penal Brasileiro, é cabível em caso de risco para a instrução processual ou aplicação da lei penal e quando presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, já a prisão temporária é a outra modalidade de prisão

cautelar no sistema processual penal brasileiro, encontra-se prevista na Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989 e possui um prazo determinado de duração em caso de risco para as investigações do inquérito policial.

No que tange a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, a LEP acabou por estabelecer Direito para o encarcerado e uma obrigação ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, um comando expresso ao operador do Direito e ao gestor público para que garantam a efetividade desta figura que em concomitância é um Direito subjetivo de toda pessoa que esteja recolhida em qualquer das espécies de estabelecimentos prisionais.

O art. 3° da Lei de Execução Penal complementa o art. 38 do Código Penal, e sem dúvidas, é uma das grandes conquistas da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito que é. O dispositivo em questão dispõe que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei". Em outras palavras, a sentença penal condenatória ou a decisão decretadora de uma cautelar privativa de liberdade atingem apenas o direito de ir e vir do agente, e não outros Direitos que estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, aqueles tidos como fundamentais pela Constituição Federal.

É claro que os estabelecimentos prisionais possuem regulamentos e outras ferramentas normativas para manter a ordem e sua organização interna, entretanto, tal normatização não significa que poderão minorar ou afastar demais Direitos. O Estado pode tão somente traçar normas em relação a conduta do encarcerado que supostamente seja lesiva a paz, a organização e a própria finalidade punitiva da pena, sendo expressamente vedada qualquer forma de mitigação ou afastamento de outros Direitos, seja previsto na Constituição ou no próprio art. 41 da LEP, como é o caso o trabalho.

“Trata-se do trabalho como ‘dever social e condição de dignidade humana’ e teleologicamente orientado ao cumprimento de uma dupla finalidade de educação e produção” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p 251). “O trabalho é um direito e um dever do sentenciado, além de ser obrigação do Estado. É por isso que deve ser também remunerado” (PADUANI, 2002, pp. 17-18), conforme respectivamente estabelece o art. 41, II (Direito), e o art. 39, V c/c art. 50, VI e art. 51, III (deveres) todos da LEP.

> Um destaque especial merece o trabalho prisional. Ele é, juntamente com a educação, um dos fatores preponderantes para atender alguns interesses fundamentais: a) eficiência da administração do estabelecimento, prevenindo os males da ociosidade; b) os benefícios para a família do preso com a redução do quadro de ansiedade e a percepção, quando possível, de uma parte do salário; c) o sentido utilitário e a finalidade social da pena; d) a abertura de possibilidades em favor do presidiário para uma reinserção comunitária adequada. (DOTTI, 2013, p. 721).

Porém, “[e]ntre os fatores que enfraquecem o discurso reabilitador pelo trabalho carcerário, merecem transcrição os seguintes: [...] pouco resta da remuneração do preso, após os descontos legais, o que o faz se sentir explorado” (FUDOLI, 2004, p. 29), e “funciona como um motor e marca transformações individuais: uma ficção jurídica, pois não representa a ‘livre’ cessão de uma força de trabalho, mas um artifício que se supõe eficaz nas técnicas de correção” (FOUCAULT, 2013, p. 230).

> Com efeito, verifica-se que a história da pena privativa de liberdade, desde o surgimento das Workhou-

> ses, Rasphuis, Zuchthaus, Spinnhaus (casas de trabalho na Inglaterra e Holanda do século XVI), como precursoras das prisões modernas, sempre esteve permeada por esse conteúdo ético do trabalho, tão necessário ao desenvolvimento da sociedade capitalista. (CHIES, 2007, p. 533).

"A expectativa de um chamado tratamento penal e penitenciário, de cujas intervenções se extrai a principal finalidade de 'recuperar' o apenado com vistas a sua reinserção social, modernamente prioriza o trabalho como seu principal elemento" (CHIES, 2007, p. 534), e mais:

> Nada mais lógico sob tal paradigma, vez que o trabalho numa ética moderna e capitalista é o critério "oficial e legitimo" da competência e instrumento da prosperidade, ainda que sua dinâmica concreta nas relações sociais admita a desigualdade a partir de seus resultados. (CHIES, 2007, p. 534).

E talvez demonstrando tal desigualdade em desfavor daquelas pessoas que estão momentaneamente privadas de sua liberdade, é que o art. 28, §2° da Lei de Execução Penal brasileira possui a seguinte redação:

> Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.
>
> § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.
>
> § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

O caput do dispositivo se coaduna com os desígnios do art. 1° e 3° da LEP, o mesmo se diz em relação ao seu §1°, porém, seu §2° restringe todos os demais Direitos trabalhistas que são assegurados a todas as outras pessoas pela (CLT) Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n°. 5.452 de 1° de maio de 1943).

A relação de trabalho decorrente do dispositivo supracitado é considerada por alguns como de natureza administrativa, e não uma relação de emprego propriamente dita, o que hipoteticamente poderia afastar os reflexos remuneratórios que naturalmente decorre de qualquer relação de trabalho, prevalecendo o caráter ressocializador que objetiva a remição da pena, neste sentido:

> [...] Nos termos da Lei nº 7.214/84 (Lei de Execução Penal), o trabalho do apenado está relacionado ao cumprimento da pena e possui finalidades educativas e produtivas, visando à sua reinserção social. Trata-se o trabalho prisional de um direito e de um dever do condenado, pois, além de estar ligado à própria pena, como meio de ressocialização e remição da pena, possui caráter de obrigatoriedade, o qual decorre da falta do pressuposto da liberdade e da voluntariedade. Ainda que o trabalho do presidiário seja prestado para empresa privada autorizada por estabelecimento prisional e esteja presente o aspecto econômico da prestação de serviços, permanece como prevalecente o seu aspecto reabilitador, de natureza essencialmente penal, determinando, portanto, que esteja inserido no âmbito de competência desta Justiça especializada. Nesse sentido, tem se inclinado a jurisprudência desta Corte superior, que, em casos análogos ao dos autos, decidiu que a relação institucional estabelecida entre os presidiários e o estabelecimento prisional ou a

> empresa privada autorizada pelo estabelecimento prisional está vinculada à Lei de Execução Penal (LEP), e, dessa maneira, refoge à competência desta Justiça especializada. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST, 2015)

Em complemento a tal entendimento também consideram que "o trabalho do condenado tenha a finalidade educativa e produtiva, e que o espírito da lei não se dirige exclusivamente à contraprestação pecuniária, mas, principalmente, à ressocialização" (STJ, 2017), e mais:

> [...] Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização. 4. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas. (STF, 2017)

Conforme se observa no texto do §2° do art. 28 da LEP a pessoa presa não se encontra resguardada por qualquer das garantias trabalhistas previstas pela CLT, não terá como usufruir de Direitos básicos que estão assegurados para as demais pessoas que possuam uma relação laboral, tais como, garantia de um salário mínimo, férias, décimo terceiro salário, fundo de garantia por tempo de serviço, e até mesmo vínculo empregatício, entre outros.

Em outras palavras, o dispositivo em questão acabou por restringir a incidência do conjunto de Direitos previstos na Conso-

lidação das Leis do Trabalho (CLT), consequentemente acabou por violar o próprio art. 6° e art. 7° da CF, núcleo petrificado do texto constitucional (art. 60, §4°, IV) que estipula os Direitos trabalhistas mínimos de todo e qualquer trabalhador, que acabou tendo sua eficácia condicionada a incidência prática da CLT.

A LEP que se aloca na posição de infraconstitucionalidade própria de uma lei ordinária federal acabou por restringir Direitos Fundamentais previstos no art. 7° da CF sem qualquer anuência do constituinte originário que lhe é posterior. E neste ponto, é inquestionável o prejuízo que acaba sendo imposto as pessoas que estão cumprindo uma pena ou uma cautelar privativa de liberdade, visto que estas não poderão ter os mesmos Direitos Fundamentais que são assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, mesmo não havendo qualquer limitação neste sentido na Carta Magna e na decisão penal.

É evidente que Direitos Fundamentais se sobrepõem a qualquer outra norma de um determinado ordenamento jurídico, e por não haver qualquer exceção em contrário, não resta argumento senão asseverar que o §2° do art. 28 da Lei n.º 7.210/1984 não foi recepcionado pela atual Constituição do Brasil que é de 1988, e como tal não poderá diminuir os Direitos trabalhistas daqueles que estão com sua liberdade restringida.

> Assim, deve o Estado criar uma estrutura adequada para a aplicação da pena, haja vista o fato de que, aquele que quer punir, regulando a liberdade alheia, deve possuir e disponibilizar meios adequados para tal finalidade, não podendo em razão de seu poder, afastar um direito que está consagrado pela Constituição. (GROKSKREUTZ, 2011)

"Primeiramente, no que tange aos direitos do preso, não faz ele jus, apenas, às situações arroladas nos incisos do art.

41, senão também a todos os demais direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal, desde que compatíveis a sua condição de apenado". (SCHMIDT, 2007, p. 224).

> Além disso, deve, o art. 41 submeter-se a um procedimento de recepção material perante a Constituição Federal de 1988, de tal forma que eventual direito que não se adeque à Carta, há de ser reputado inconstitucional. Assim, tal dispositivo, além de não ser taxativo, está sujeito a apreciação de validade a ser efetivada pelo hermeneuta penal. (SCHMIDT, 2007, p. 224).

"Em um Estado democrático de Direito, vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana". (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 122), e considerando que os Direitos Sociais do art. 6° e os trabalhistas previstos no art. 7° da CF visam garantir o piso vital mínimo/mínimo existencial a todos os trabalhadores, e que são o caminho para que a dignidade humana seja alcançada (art. 1°, III, da CF), não há a outra conclusão lógica senão reconhecer que o §2° do art. 28 da CF que é pretérito não foi recepcionado pela Carta Magna e que ao final prejudicou os Direitos Sociais de cunho trabalhista e a própria dignidade humana daqueles que estão presos.

Salienta-se por derradeiro, que além dos fundamentos quanto a sua não recepção acima elencados, ainda há que se destacar que o §2° do art. 28 da LEP se mostra como uma verdadeira ferramenta de exclusão das pessoas presas, já que afasta Direitos que poderiam lhes aproximar da sociedade que é compulsoriamente capitalista.

Ou seja, "[a] exclusão social afasta o cidadão, colocando-o à margem da vida em sociedade. Apesar de integrá-la for-

malmente, perde a voz, sobre si pairam as trevas" (JORDÃO, 2008, p. 729), o que corrobora com o argumento de "que a violência e a criminalidade são, na realidade, filhas das injustiças sociais". (SCAPINI, 2007, p. 309), logo:

> A tarefa de reverter este quadro não se resume somente a editar leis penais, construir mais prisões; porém, rever as políticas de mercado de trabalho, promover maior inclusão de pessoas através da educação [...], e, principalmente, desconstruir o estigma que paira sobre a figura do condenado como forma de democratizar ainda mais o acesso de todos ao mercado de trabalho e rede de segurança social. (JORDÃO, 2008, p. 733).

Portanto, o §2° do art. 28 da Lei de Execução Penal além de não respeitar os Direitos Sociais previstos no art. 6° e art. 7° da Constituição Federal e se mostrar não recepcionado pela Carta Magna, ainda acaba por distanciar as pessoas que estão presas daqueles que também compõem uma sociedade capitalista e que naquele momento não estão com sua liberdade restringida.

CONCLUSÃO.

Diante de todo o exposto é possível denotar que a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe uma densa previsão e salvaguarda do Direito ao Trabalho, o elencando inicialmente como uma das bases e uma meta deste ordenamento jurídico, em seguida o inserindo no rol dos Direitos Fundamentais de 2ª (segunda) geração/dimensão, o que lhe garante o nível de cláusula pétrea, logo, se trata de um Direito Social genericamente previsto no art. 6° e pormenorizadamente descrito nos incisos do art. 7° ambos da Constituição.

Para dar respaldo efetivo às previsões constitucionais supracitadas o Brasil reuniu uma série de Direitos de ordem trabalhista na denominada Consolidação das Leis do Trabalho, porém este caderno normativo não tem sido aplicado a todas as relações de trabalho existentes, como é o caso das atividades de labor prestados por pessoas que estão privadas de sua liberdade em razão de uma sentença ou decisão interlocutória penal.

O §2° do art. 28 da LEP (Lei n.° 7.210/1984) estipula que não será aplicável a CLT nas relações de trabalho prestadas no âmbito de uma prisão cautelar ou de cumprimento de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, porém, tal previsão acaba por retirar a eficácia não apenas da CLT, mas por consequência, dos próprios art. 6° e art. 7° da CF.

E por se tratar de uma nítida contrariedade a dispositivos constitucionais e por ser uma legislação extravagante criada antes da Carga Magna, não há dúvidas de que aquela não foi recepcionada, e como tal, não pode gerar quaisquer efeitos jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Felipe Lima de. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal**. In. Revista Liberdades, n°. 17, set-dez, 2014, pp. 24-49. Disponível: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=210#_ftn97. Acesso em 04 jun. 2017.

Brasil. STF. RHC 136509, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017)

_______. STJ. REsp 1156327/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/04/2017.

_______. TST. RR - 60600-88.2008.5.15.0090 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamen-

to: 24/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2015.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. Prisão: tempo, trabalho e remição reflexões motivadas pela inconstitucionalidade do art. 127 da LEP e outros tópicos revisitados. In. CARVALHO, Salo de. **Críticas à execução penal**. 2° edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COUTINHO, Aldacy Rachid. 15 anos de Constituição de Direitos dos trabalhadores. In. SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal parte geral**. 5° edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3° edição. São Paulo: Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete, 41ª edição. Petrópolis: Vozes, 2013.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Da remição da pena privativa de liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **O trabalho e suas conseqüências na remição penal**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 27 jan. 2011. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31027>. Acesso em: 03 jun. 2017.

______. **Das teorias da pena no Ordenamento Juridico brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n.

77, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815>. Acesso em jun 2017.

JORDÃO, Milton. O crime é ser pobre: a exclusão do mercado de trabalho e a “nova criminalização”. In. FÖPPEL, Gamil. **Novos desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

PADUANI, Célio César. **Da remição na Lei de Execução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal parte geral e especial**. 14° edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCAPINI, Marco Antonio Bandeira. Execução Penal: controle de legalidade. In. CARVALHO, Salo de. **Críticas à execução penal**. 2° edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na Execução Penal. In. CARVALHO, Salo de. **Críticas à execução penal**. 2° edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua Concretização**. Curitiba: Juruá, 2009.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: ANÁLISE DOS MODELOS ADOTADOS, OS REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE E SEUS DESAFIOS

Ivana Rezende de Carvalho
Gabriela Ferreira Pinto de Holanda
Cecilio Argolo Junior

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, apesar de ser conhecida como a constituição cidadã e de ter sistematizado avanços sociais significativos para o Brasil, especialmente para grupos minoritários, demonstrou-se tímida quanto aos avanços na definição de regras e garantias que permitissem reais condições para que as pessoas com deficiência pudessem exercer de fato sua cidadania.

Nesse diapasão, surgem as seguintes indagações: os inúmeros avanços que ocorreram a partir de inteirações das ciências sociais e médicas foram capazes de desenvolver novos paradigmas inclusivos para pessoas com deficiência? E o ordenamento jurídico acompanhou esses avanços? E os desafios, como vêm sendo enfrentados?

Várias são as hipóteses levantadas na tentativa de encontrarmos respostas a essas indagações como: o modelo médico de deficiência ainda não foi adequadamente substituído pelo modelo social de deficiência nas normas brasileiras; as leis nacionais que versam sobre a inclusão das pessoas com deficiência acompanharam essa evolução; e, por fim, a falta de efetividade das políticas públicas voltadas para esse grupo ainda é o maior desafio das pessoas com deficiência.

Pois bem. As leis que tangem os direitos, deveres e garantias das pessoas com deficiência no Brasil ainda são recentes, haja vista que o próprio Estatuto das Pessoas com Deficiência no Brasil data de 2015, deixando evidente que este tema é um desafio imposto à sociedade atual, merecendo ser discutido e aprimorado para corrigir injustiças e permitir a inclusão de milhares de brasileiros como cidadãos efetivos de sua nação.

O conhecimento científico que embasa uma abordagem social mais humanizada e inclusiva do deficiente, denominada "Abordagem Social do Deficiente", até recentemente não existia como é hoje, gerando um descompasso e uma dificuldade ainda maior para desenvolver leis abrangentes, efetivas e principalmente operacionalizantes, uma vez que a inclusão de pessoas com deficiência reside no fato de permitir seu deslocamento no ambiente social como qualquer cidadão, o que implica em custos consideráveis que se visualiza como um gargalo na administração pública atual.

1. DO MODELO MÉDICO AO MODELO SOCIAL DE CONCEPÇÃO DA DEFICIÊNCIA

Atualmente duas vertentes principais abordam a deficiência no mundo. A primeira, definida como o Modelo Médico da Deficiência, trata a deficiência como uma limitação indi-

vidual de adaptação social, restringindo a responsabilidade inclusiva do deficiente a ele mesmo e sua família.

De acordo com Ragazzi (2008) o modelo médico da deficiência a descontextualiza do meio social e desobriga a sociedade de tomar medidas inclusivas para a autonomia e para o pleno exercício da cidadania das pessoas deficientes.

O segundo modelo, prevalecente nos países desenvolvidos na atualidade e em expansão no Brasil, é o Modelo Social da Deficiência cujo principal preceito se situa na responsabilidade social dos cidadãos saudáveis e do Estado em prover meios materiais e psicológicos para o pleno desenvolvimento dos deficientes. Ou seja, o deficiente deve ser incluído em um ambiente propício que permita seu desenvolvimento como pessoa integral, isto é, autônoma e capaz de exercer seus papéis sociais (RAGAZZI, 2008).

Piovesan (2013, p. 241) resume em 4 (quatro) fases a evolução do tratamento despendido às pessoas com deficiência no mundo, sendo elas:

- Fase 1: predomínio da intolerância e repugnância aos deficientes, que eram isolados do convívio social, geralmente em instituições sob condições desumanas. Discriminação absoluta, sendo as deficiências tratadas como castigo e punições divinas em retaliação a pecados praticados pelos pais ou pela própria pessoa;
- Fase 2: caracterizada pela invisibilidade dos deficientes, que eram desconsiderados como pessoas;
- Fase 3: predomínio do modelo médico de abordagem dos deficientes;
- Fase 4: fase de humanização e inclusão do deficiente como ser social, isto é, participante ativo

> da sociedade e executor de papéis sociais. Fase que caracteriza uma mudança metodológica na abordagem dos deficientes, que deixam de ser o foco do problema, que por sua vez é transferido para o meio ambiente e para as pessoas não deficientes, que devem permitir a inclusão das pessoas com deficiência.

Também segundo Piovesan (2013) o Brasil se encontra numa transição entre as fases três e quatro, ou seja, da perspectiva médica para a social, enquanto os países desenvolvidos já se encontram plenamente na fase quatro.

Nesse sentido, Glat (1998) coloca que o principal desafio para o deficiente não é sua deficiência em si, mas sim sua capacidade de inserção social como partícipe ativo de papeis sociais.

O documento nacional de maior impacto e relevância sobre o tema é o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015), que detalha os direitos fundamentais deste grupo de brasileiros como: direito à vida, habilitação e reabilitação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer; ao transporte e à mobilidade.

A importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência é inestimável, entretanto, as leis acessórias que permitem sua implementação efetiva são tão ou mais importantes que suas diretrizes, uma vez que o poder público nos últimos anos não tem priorizado ações desta natureza.

Diante disso, fica evidente a necessidade de refletir e aprofundar o debate sobre a busca de uma sociedade inclusiva, na qual ações jurídicas, educativas e comportamentais constantes possam materializar princípios como dignidade, autonomia, alteridade e respeito à diversidade.

2. ANÁLISE DO ESTÁGIO DE EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL QUE TRATA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição, no que tange à análise dos modelos já estudados, nasce sob concepção do modelo médico, embora materialmente avançada ao momento histórico de evolução jurídica. Entretanto, passou a sofrer irradiação positiva da concepção social a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que representa um marco evolutivo na abordagem social e jurídica da comunidade de pessoas com deficiência. A terminologia recorrente na Constituição ao se referir ao deficiente como "portador de necessidades especiais" revela o contexto em que surgiu.

Urge ressaltar que tais referências não se adequam à necessidade de encarar as questões relativas às pessoas com deficiência sob o ponto de vista positivo da supressão de estereótipos, que por sua vez acarretam falta de atenção às práticas sociais que geram pobreza e invisibilidade, conforme ensina Ramos (2008).

Contudo, já se percebe mudança de paradigma no texto constitucional trazido pela Emenda Constitucional n° 62 de 2009, que se refere aos precatórios, uma vez que coloca esforço de propiciar aos deficientes o gozo de seus direitos sem discriminação.

Nesse sentido, houve mudança na terminologia adotada, passando-se ao uso do termo "pessoa com deficiência", conforme orientação dos Direitos Humanos, abandonando-se o conceito de deficiente ser mero detentor de cuidados especiais, para considerar a questão como um problema não do indivíduo apenas, mas da sociedade como um todo, inclusive promovendo a mudança nas barreiras e nas atitudes das pessoas.

Oportuno realçar que as legislações anteriores à Constituição também trazem em si a terminologia antiquada do modelo médico como, por exemplo, no art. 1° da Lei 7853|89,

que possui a seguinte redação: “Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das ‘pessoas portadoras de deficiências’, e sua efetiva integração social, nos termos desta lei”.

Nessa esteira, cabe enfatizar que a Convenção sobre Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo originou o Estatuto da Pessoa com Deficiência e alçou os direitos da pessoa com deficiência ao nível constitucional, conforme explicita Alexandre de Moraes, o que acaba por representar o ponto de referência para a transição do modelo médico para o social.

Desse modo, a Convenção tem força de emenda constitucional em nosso ordenamento jurídico. Essa informação é de extremo realce, seja porque é um documento internacional que integra o bloco de constitucionalidade, seja também por representar mudança substancial na forma de perceber e encarar a pessoa com deficiência o que gera reflexos no sistema jurídico vigente.

Assim, embora a Carta Magna tenha sido gestada sob a ótica de uma concepção hoje tida como ultrapassada, materialmente possui garantias de enorme relevo sob o ponto de vista social, além de acompanhar paulatinamente a evolução jurídica do arcabouço normativo infraconstitucional, conforme será abordado a seguir.

A primeira legislação de destaque nacional que estabeleceu diretrizes para políticas públicas na área foi a Lei 7.853, de 1989, que, um ano após a promulgação da Constituição vigente, definiu a “política nacional de integração da pessoa portadora de deficiência”. A influência do Sistema de Proteção Internacional se faz presente na legislação interna como na Lei nº 8.160/1991 que disciplinou a adoção e uso do símbolo internacional para identificar, assinalar ou indicar local ou serviço habilitado ao uso de pessoas portadoras de deficiência auditiva. Já a Lei 8.899/1994 possui o intuito de

garantir o direito à locomoção e deslocamento aos deficientes reconhecidamente carentes, por meio da concessão de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual.

Reconhecendo limitações de seus destinatários, a Lei 10.048/2000 refere à prioridade de atendimento às pessoas com deficiência, idosos (60 anos ou mais), gestantes, lactantes, pessoas com criança de colo e obesos. Enfatiza também que as repartições públicas, concessionárias de serviço público e as instituições financeiras são obrigadas a dispensar o tratamento prioritário. No mesmo ano, a Lei de Acessibilidade (Lei 10.098/2000) elencou a importância da supressão de barreiras e obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e comunicação, já sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais.

Importante compreendermos a utilização terminológica também da legislação infraconstitucional como reflexo do modelo adotado e, por conseguinte, a própria proteção legal que se estende aos deficientes, acrescido da forma como a sociedade enxerga o deficiente naquela dada conjectura.

Oportuno destacar que, em razão da Convenção temos o nascimento da Lei nº 13.146/2015. Com ela, ampliaram-se as obrigações do Estado, em todas as áreas de governo, bem como as obrigações do segundo e o terceiro setores, com a participação ativa da pessoa com deficiência, das famílias e da comunidade como um todo.

A transição evolutiva conceitual trouxe modificações significativas no sentido tradicional de compreensão da deficiência ao transportar do indivíduo a origem da desigualdade, vivenciada pelos deficientes, para um contexto de responsabilidade de toda a sociedade.

Fávero pontua que: “Junto com a contestação do termo “portador”, concluiu-se que o melhor seria o “com”: pessoa com

deficiência". Quanto mais natural for o modo de se referir à deficiência, como qualquer outra característica da pessoa, mais legitimado é o texto.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência caminha na mesma esteira da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência, representando um marco na abordagem social e jurídica da pessoa com deficiência física ou mental. Cabe salientar que o próprio art. 2º define o que vem a ser pessoa com deficiência:

> Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Observa-se, com clareza, que o conceito destaca as barreiras presentes na sociedade que obstruem a plena participação de todas as pessoas em igualdade de condições na sociedade.

Por tais razões, reza o artigo. 4°, em sua parte inicial, que toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Também assegura o direito à não discriminação. E o conceito de discriminação é bem amplo e foi reproduzido no § 1º, do art. 4º, nestes termos:

> [...] § 1o Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência,

> incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Neste ponto, o escopo do Estatuto é eliminar, ou pelo menos, buscar reduzir as barreiras existentes na sociedade a fim de propiciar a igualdade material entre as pessoas e coibir toda e qualquer discriminação que possa advir da condição de deficiente.

Merece, também, considerar como representativo de avanço sob o ponto de vista social o art. 6º que coloca que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas conforme realça...

Essa regra é corroborada pelo art. 84, do Estatuto, que assim dispõe: "Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas."

Importa acentuar que com o advento da Lei nº 13.146/2015, dois relevantes dispositivos do Código Civil foram alterados. Primeiro, o art. 3º que passou a prever como absolutamente incapaz tão somente o menor de 16 anos (menor impúbere). Segundo, o art. 4º passou a definir os sujeitos da incapacidade relativa aqueles que possuírem entre 16 e 18 anos, os ébrios eventuais, os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade e os pródigos.

Assim, a pessoa com deficiência deixou de ser estereotipada como incapaz. Ou seja, a priori, o deficiente é tido como

plenamente capaz. Houve a promoção da igualdade substancial e a não discriminação contra pessoas com deficiência, confirmando a corresponsabilidade do Estado, da sociedade e da família, prevalecendo o atendimento prioritário quando envolver pessoas com deficiência.

Nesse compasso, a evolução normativa tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional foi enorme, conferindo ampliação da instrumentalidade de proteção às pessoas com deficiência, além de consolidá-las como sujeitos de direito e não como meras destinatárias de assistencialismos ou intervenção curativa, abandonando-se definitivamente o modelo médico e sendo irradiada por uma nova perspectiva dos direitos humanos, político, civil, social e ambiental na construção de uma sociedade inclusiva.

3. MODELO SOCIAL E SEUS DESAFIOS

A Constituição da República (1988), em seu art. 7º e, em vários dos seus incisos, traz proteção legal aos direitos dos trabalhadores em geral que se estendem também as pessoas com deficiência.

O recente Estatuto das Pessoas com Deficiência trouxe algumas singularidades. Destacam-se dois pontos de suma importância: a habilitação profissional e a inclusão no mercado de trabalho, além de algumas regras gerais.

Nesse sentido, tanto pessoas jurídicas de direito público como de direito privado, devem proporcionar um ambiente de trabalho acessível e inclusivo, sendo proibida qualquer discriminação em razão da condição de deficiente e garantida a igualdade salarial entre os deficientes e os demais trabalhadores.

Restou vedada a restrição ao trabalho da pessoa com deficiência, inclusive no que tange as fases de recrutamento,

seleção, contratação, admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação.

Complementando, segundo art. 34, § 4°, a pessoa com deficiência terá também direito, em igualdade com os colegas, de participar de cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais.

Não é por demais realçar, que a contratação de pessoa com deficiência não é caridade nem assistencialismo, é um direito de participação de forma isonômica da vida produtiva, viabilizando crescimento e desenvolvimento na esfera profissional.

Com efeito, o art. 35, do Estatuto, consigna que o Poder Estatal deve desenvolver políticas públicas que viabilizem o acesso e a permanência dos deficientes na atividade laboral. Enfim, além de finalidade primordial, é desafio das políticas públicas de trabalho e emprego com intuito de promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Outra questão importante é quanto à habilitação e à reabilitação profissional em que temos um único dispositivo, porém, bastante extenso. O primeiro deles é que a habilitação e a reabilitação no campo profissional têm por finalidade proporcionar o exercício do direito ao trabalho por pessoas que, dada a deficiência, não conseguem exercê-lo como os demais empregados.

Os serviços e os programas desenvolvidos devem ser orientados por equipe multidisciplinar para que o deficiente obtenha os conhecimentos, as habilidades e as aptidões necessários para o exercício de determinada profissão, o que convenhamos é bastante difícil na prática.

Importantíssimo ressaltarmos esse aspecto referente a serviços e programas voltados para a inserção do mercado do trabalho, pois a realidade tem demonstrado que as pessoas com deficiência não têm conseguido ocupar as vagas a elas destinadas no art. 93 da Lei 8213 /91 que prevê reserva para

as empresas com 100 ou mais empregadas, cotas percentuais dos seus cargos para os beneficiários, reabilitados ou pessoas com deficiência. Pertinente a recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho de Alagoas (TRT 19ª Região):

> EMENTA RECURSO ORDINÁRIO DO MPT. AÇÃO ANULATÓRIA. INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA OU REABILITADAS. IMPOSSIBILIDADE DE MULTA ADMINISTRATIVA. TENDO A EMPRESA COMPROVADO QUE VEM EMPREENDENDO ESFORÇOS PARA ATENDER AO COMANDO DO DISPOSTO NO ART. 93 DA LEI 8.213/91, DESDE ANTES DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, DEVE SER MANTIDA A DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO, INVALIDANDO O AUTO LAVRADO EM FACE DA AUTORA. DESPROVIDO. APELO DA UNIÃO FEDERAL. HONORÁRIOS.
>
> INCABÍVEIS. INCABÍVEL NA JUSTIÇA DO TRABALHO O DEFERIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EIS QUE FOGE À REGRA DE PAGAMENTO DA VERBA HONORÁRIA, CABÍVEL SOMENTE NA HIPÓTESE DISPOSTA NO ARTIGO 14, §1º, DA LEI Nº. 5.584/70, SÚMULA 219 E NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 305, DA SDI-1, DO C. TST. RECURSO PROVIDO EM PARTE. Publicação: 08/05/2017.Processo: 0001902-35.2014.5.19.0004 - RECURSO ORDINÁRIO.Relator(a): Antônio Catão.

O art. 93, da Lei nº 8.213/91, fixa os percentuais (2 a 5%) de reserva de cargos a portadores de deficiência ou reabilitados que toda empresa com mais de cem empregados deverá observar. Na hipótese do julgado acima, concluiu o Regional

que a empresa conseguiu fez de tudo para preencher a cota legal, entretanto, sem êxito.

Enfim, trata-se de exemplo concreto de que não adianta a mera previsão normativa descasada de ações que garantam a efetividade do direito.

Os empregadores devem garantir ambientes acessíveis e inclusivos. Veda-se a discriminação no trabalho em razão da condição de deficientes, assegurando-se igual remuneração para igual trabalho

A habilitação e a reabilitação profissional devem ser realizadas tanto nas entidades públicas e privadas, em entidade de formação profissional ou diretamente com o empregador. Quando a habilitação profissional ocorrer nas empresas, deverá ocorrer por meio de formalização do contrato de trabalho com a pessoa deficiente.

O Estatuto enfatiza também necessidade de promoção de políticas de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

Para a inclusão dos deficientes são estabelecidas três premissas a saber: acessibilidade, fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e adaptação do ambiente de trabalho.

Evidentemente que, se o local de trabalho não estiver adaptado para receber pessoas com deficiência, o exercício das funções tornar-se-á impossível, de forma a desestimular o trabalhador deficiente e o empregador com a baixa produtividade decorrente.

Contudo, com a superação das barreiras presentes no ambiente de trabalho e a manutenção e efetividade das políticas de incentivo do Poder Público, tendem a melhorar a inclusão de pessoas com deficiência nos postos de trabalho.

Nesse prisma, volta-se para o objetivo das ações afirmativas, nas palavras de Hidalgo:

> As ações afirmativas buscam, por meio de seus mecanismos, estabelecer uma igualdade de condições entre os diferentes grupos sociais, aplicando basicamente uma discriminação positiva, ou seja, um tratamento diferenciado como maneira de compensar a desigualdade perpetrada e alimentada no meio social.

Muito mais que evolução normativa, que exerce grande poder integrativo, faz-se premente a modificação social no sentido da inclusão das pessoas com deficiência. Os dois conceitos não são equivalentes, posto que a integração resultam de interações sociais normalmente por forças externas, pelo cumprimento ou observância de uma determinada regra ou norma de política afirmativa, ao passo que a inclusão pressupõe uma mudança de visão, de concepção, de atuação independe de coação normativa, no sentido de estabelecer uma vida participativa ampla, o quanto possível sem restrições, atuando-se na modificação do ambiente de convívio caso necessário.

CONCLUSÃO

Diante da análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência, alinhado com a Constituição Federal, as legislações infraconstitucionais e os diversos referencias no assunto em tela, podemos perceber a complexidade de garantirmos às pessoas com deficiência que seus direitos fundamentais sejam respeitados e que o Poder Público e a própria sociedade voltem-se para práticas inclusivas que abarquem esse grupo minoritário e vulnerável.

Por todo o exposto e discutido no decorrer do papper é notório o ganho representativo na passagem do modelo médico para o social que acaba por significar uma nova maneira de enxergar a pessoa com deficiência.

Convém registrar que é um tema imprescindível na avaliação do impacto social dos programas para reduzir pobreza,

garantir educação básica e bons níveis de empregabilidade para a população com deficiência, assunto relevante e universal nos dias de hoje.

Se de um lado a perspectiva médica enxerga a deficiência como fator que necessariamente prejudica o desenvolvimento de uma comunidade porque reduz a capacidade produtiva das pessoas, por outro lado o modelo social refere-se a um assunto de política especial, raramente contemplado nas políticas públicas gerais, que deve ser visto de forma prioritária na abordagem dos problemas enfrentados pelas populações de risco. Trata-se de uma estratégia para lidar com qualquer tipo de diversidade, seja social, regional, linguística, laboral ou até mesmo de cunho cultural.

No decorrer do processo de inclusão existe e é evidente a dificuldade de ações afirmativas que funcionem de forma efetiva e que garantam a verdadeira inclusão. Situação esta que exige um maior entendimento e conhecimento sobre o nosso papel como agente transformador, ao criarmos meios e metas de intervenções que viabilizem ao deficiente a modificação da sociedade em encarar a própria deficiência.

Por fim, pensar numa sociedade inclusiva e numa perspectiva de direitos é pensarmos numa sociedade justa e democrática, que inclua a todos, sem discriminação, e a cada um, com sua diferença. Entre a ideia de um sistema jurídico inclusivo que aceite e valorize as diferenças e sua realidade, existe um extenso caminho que passa por uma reformulação de ações afirmativas para que possamos enxergar a pessoa com deficiência como as barreiras e atitudes presentes no próprio seio da coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Planalto**. . Disponível em: <http://www.planal-

to.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

________ . **Lei n. 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 28 maio 2017.

________ . **Lei n. 8.160**, de 08 de janeiro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8160.htm. Acesso em: 28 maio 2017.

________ . **Lei n. 8.899**, de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8899.htm. Acesso em: 28 maio 2017.

________ . **Lei n. 10.048**, de 8 novembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10048.htm. Acesso em: 28 maio 2017.

________ . **Lei n. 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm. Acesso em: 28 maio 2017.

________ . Lei n.13.146, de 06 de julho de 2015. Institui o Código de Processo e Civil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 de maio 2017.

HIDALGO, Luís Henrique Fernandes. **Ações afirmativas para inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011, p. 118

GLAT, Rosana. **Educação Especial**: A integração Social dos portadores de deficiência, uma reflexão. Vol I 2ª edição. Ed. Eletrônica – 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 13 ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Saraiva: 2013.

RAGAZZI, Ivana Aparecida Grizzo. et al. Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira. Birigui - SP: Editora Boreal, 2008.

A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, À INFORMAÇÃO E À PRIVACIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO ESPECIAL 595.600/SC E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Juliana Cidrão Castelo Sales
Rafaela Barbosa de Brito

1. APROXIMAÇÕES SOBRE O TEMA

É comum a menção de que se vive hoje na sociedade da informação, na qual as pessoas estão sempre em busca e dependentes de informação, que deve, preferencialmente, ser transmitida em tempo real. É praticamente impossível, nos dias atuais, ver-se as pessoas desconectadas da Internet (mesmo em suas casas), longe dos seus computadores, *smartphones*.

A tecnologia presente na rotina das pessoas, mediante a conexão com a Internet, de forma inequívoca, permite a aproximação entre pessoas mesmo que fisicamente distantes e a circulação da informação em tempo real, mas, por outro lado,

facilita a ocorrência de abusos, seja pela divulgação indevida de informações públicas ou privadas, armazenamento de informações malferidoras de direitos ou ainda pelo envio e recebimento de dados indesejáveis, entre outros. Tal realidade encontra-se ainda mais evidente na disseminação e popularização do uso das redes sociais, como o *Facebook*. Isso sem mencionar a veiculação de notícias pelos tradicionais jornais e revistas, que tem se valido também das páginas na internet e das redes sociais para tais fins.

Pergunta-se, considerando o brevemente exposto, se a aplicação do princípio da proporcionalidade (parâmetro mais utilizado pela jurisprudência brasileira) é adequado e suficiente para resolver os casos apresentados à apreciação do Poder Judiciário, considerando os direitos normalmente envolvidos nos casos: direitos à liberdade de expressão, à informação e à privacidade.

Objetivar-se-á, então, considerando-se o ordenamento jurídico brasileiro, estudar-se o modo de aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução de casos envolvendo a reparação civil de danos ocorridos por ofensa à direitos fundamentais.

Para tanto, será realizada pesquisa eminentemente bibliográfica, com a análise e discussão de escritos doutrinários em livros e artigos científicos, bem como pesquisa em sítios eletrônicos e acesso à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Valendo-se do método dedutivo, primeiramente será estudada a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais e da personalidade, com base na Constituição Federal de 1988. Logo após, estudar-se-ão os direitos da personalidade (com enfoque nos direitos à liberdade de expressão, à informação e à privacidade). Por fim, será brevemente analisado o Recurso Especial 595.600/SC em cotejo com os parâmetros gerais do princípio da proporcionalidade.

2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta Magna de 1988 foi a mais enfática dentre as Constituições brasileiras a tratar dos direitos fundamentais, e, ressalta-se, que em posição de destaque, já que estão logo após o preâmbulo. Os artigos 1º ao 4º são equivalentes a uma espécie de normas mais abstratas que exercem uma função de preparação e de standards imperativos para o conteúdo principal, que são os Direitos Fundamentais, elencados, em grande parte, mas não somente, no art. 5º do texto constitucional.

Dessa forma, vê-se que o legislador Constituinte buscou de forma clara dar aos princípios fundamentais a condição de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras e garantidoras dos direitos fundamentais que compõem a essência da Constituição, em aspecto formal e material. (SARLET, 2009)

A dignidade da pessoa humana[66] aparece reconhecida de forma inédita[67] na Magna Carta vigente, estando como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, expressamente prevista no artigo 1º, inciso III. Foi também prevista em vários outros trechos do texto constitucional como, por exemplo, no artigo 170, ao dispor que a ordem econômica tem por finalidade garantir a todos uma existência digna, bem como no artigo 226, parágrafo 6º, ao embasar o planejamento familiar

66. Como princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente com um meio”. (ABBAGNANO, 2000, p. 277)

67. O ineditismo está no reconhecimento da dignidade humana à pessoa. Antes, a dignidade humana era reconhecida, entretanto em caráter abstrato. A dignidade da pessoa humana enfatiza, destaca de forma claríssima, que se trata de um mínimo essencial para a sobrevivência da pessoa.

nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Assim, a pessoa humana não constitui objeto do Estado, mas a sua principal finalidade. (SARLET, 2009)

Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, passou a ser efetivamente positivada no ordenamento jurídico brasileiro, apesar da existência da corrente histórica e filosófica inicial reconhecer a sua íntima relação com o jusnaturalismo; e o fez elevando-a ao s*tatus* de princípio fundamental, e não apenas como direito fundamental.

Sarlet destaca, ainda, que a dignidade da pessoa humana não é, nela só, um direito, mas que outros direitos fundamentais dela decorrem, ainda que sejam direitos fundamentais autônomos, não especificados. (SARLET, 2009, p. 77)

Isso posto, concorda-se com Alexandre de Moraes ao apresentar um conceito de dignidade da pessoa humana:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, construindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.* O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal

> da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (MORAES, 2006, P. 48-49)

O mesmo autor ainda leciona que a dignidade da pessoa humana, como dever imposto aos outros cidadãos, decorre da exigência do homem respeitar a dignidade alheia tal qual os outros devem respeitar a sua. (MORAES, 2005, p. 129)

Kant defende que a concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedare* (não prejudique a ninguém) e *suum ciuque tribuere (*dê a cada um o que lhe é devido). (KANT, 2002)

Assim, vê-se que a Constituição apresenta uma série de direitos fundamentais, principalmente, mas não somente, em seu artigo 5º, que tem como essência garantir a dignidade da pessoa humana. Daí que ambos, tanto a dignidade quanto os direitos fundamentais, compõem o íntimo da Constituição, e convivem de maneira indissociável.

Os direitos fundamentais são os necessários para que a pessoa viva em liberdade e de forma digna. Eles receberam da Constituição uma atenção especial, pois são considerados cláusulas pétreas, sendo imutáveis, de forma que é necessária a promulgação de uma nova Carta Magna para lhes fazer alterações. Tais direitos são classificados em direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta gerações segundo a doutrina de Bonavides, com base nos ensinamentos de Karel Vlasak. Os três primeiros refletiriam os ideais da revolução francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, respectivamente.

São direitos fundamentais de primeira geração os atinentes a liberdade, os direitos civis e políticos. Os de segunda são os direitos sociais, econômicos e os direitos coletivos, pode-se dizer que nasceram abraçados ao princípio da igualdade. Já os de terceira são destinados ao gênero humano, enquanto que os de quarta estão ligados à globalização, sendo o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo; deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro. (BONAVIDES, 2011)

Bonavides, ao proceder à atualização de sua obra, propõe a realocação do direito à paz, originalmente parte da terceira geração de direitos fundamentais, passando a compor a quinta geração desses direitos, ostentando visibilidade incomparavelmente maior. Isso porque a paz é indispensável para a convivência harmônica entre os povos. (BONAVIDES, 2011)

Vê-se, dessa forma, os direitos à liberdade de expressão, à informação e à privacidade, entre outros, como verdadeiros direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna e, em sua observância, no plano infraconstitucional.

Em relação à dignidade da pessoa humana, a admissão e observância dos direitos fundamentais é de inquestionável importância, sob pena de se estar negando a própria condição de dignidade ao homem, vez que o exercício daqueles direitos proporciona esta condição.

Nesse contexto convém destacar o princípio da isonomia, por meio do qual as pessoas devem ser tratadas de forma equivalente. Dessa forma, os seres humanos não podem ser tratados de forma discriminatória arbitrariamente, de modo que a sua dignidade humana não estaria também sendo respeitada.

Além dos direitos fundamentais reconhecidos no Título II da Lei Fundamental, tais direitos também estão assegurados em outras partes, bem como podem ser recebidos os positivados nos tratados de direito internacional, conforme o pro-

cedimento determinado pela Constituição[68]. O que importa salientar é que para eles também é aplicável a ideia essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Cabral, existem consequências jurídicas da dignidade da pessoa humana que envolvem diretamente os direitos da personalidade: a ausência de possibilidade de tratamento indigno do ser humano, visto que todos tem a mesma dignidade; e a imposição de uma conjuntura que possibilite o livre desenvolvimento da personalidade, com a vedação da submissão de seres humanos a humilhações, ofensa à sua honra e integridade, etc. (CABRAL, 2012)

Atualmente, tem-se como pacífico na doutrina civilista brasileira, que a personalidade é o atributo que a pessoa tem de ser titular de direitos e obrigações na ordem civil.

A dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso II, da Carta Magna, alberga e protege todos os direitos da personalidade, uma vez que para um ser humano viver com dignidade, fundamental é ter os aspectos físicos e psíquicos preservados.

Passa-se, feitas as devidas considerações acerca dos direitos da personalidade, à breve conceituação de três direitos da personalidade de extrema relevância para a presente pesquisa: os direitos à liberdade de expressão, à informação e à privacidade.

A liberdade de expressão "consiste no direito à livre comunicação espiritual, no sentido de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento" (SOUSA, 1993, apud RODRIGUES JÚNIOR, 2009). É condição *sine qua non* para a realização de uma pessoa como sujeito individual e como sujeito político (RODRIGUES JÚNIOR, 2009).

---

68. De acordo com o procedimento estabelecido pelo art. 5º, §3º, da Constituição Federal, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em relação à liberdade de informação, tem-se que esta corresponde a uma tríade, com base no direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado (RODRIGUES JÚNIOR, 2009).

Fazendo-se um contraponto aos supramencionados direitos, normalmente está em reta de colisão o direito à intimidade, que corresponde ao:

> [...] direito das pessoas de defender e preservar um âmbito íntimo, variável segundo o momento histórico imperante, no qual estas possam desenvolver sua personalidade, bem como o poder de controlar suas informações pessoais, as quais, ainda que não formem parte da vida privada das mesmas, possam revelar aspectos de sua personalidade. (PEREIRA, 2011, p. 140)

Dessa forma, é inequívoco que danos aos supramencionados direitos da personalidade possam ocorrer nas redes sociais, demandando do Poder Judiciário uma manifestação acerca da reparação cível, entre outros aspectos.

3. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARÂMETRO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

Merece especial destaque a possibilidade de o princípio da dignidade da pessoa humana ocupar lugar de limite ao exercício dos demais direitos fundamentais, a fim de se conter qualquer eventual abuso em relação a eles. Isso parte do pressuposto de que nenhum direito pode ser absoluto.

Entretanto, deve-se sempre levar em conta que, em princípio, nenhuma violação a direito fundamental deve ser des-

proporcional (ferindo ao princípio da proporcionalidade), bem como não pode atingir o núcleo essencial de proteção do direito em questão.

Diante da possibilidade de se estabelecerem restrições à própria dignidade da pessoa humana, é essencial saber até que ponto essa, princípio e direito fundamental, pode ser efetivamente relativizada, além da discussão sobre quais direitos fundamentais poderiam ou não ser relativizados.

Apresentam-se, nesse ponto, duas possibilidades: a de haver conflito entre dignidade de pessoas humanas distintas, sendo que ambas são portadoras de dignidade, tratadas de forma isonômica, havendo o dever de a sociedade como um todo respeitar essa dignidade; e a chance de a dignidade ceder a valores sociais mais relevantes.

Sarlet afirma que nos casos de violação contra a pessoa, seja pela carência social, econômica, cultural ou falta das condições mínimas de sobrevivência, a dignidade está sendo, sem sombra de dúvidas, relativizada. O autor ainda cita como exemplo a pena restritiva de liberdade como um caso no qual há relativização da dignidade, sendo que a altíssima restrição da liberdade significaria a diminuição de uma parcela dessa dignidade. (SARLET, 2009)

Assim, por todo o exposto na presente pesquisa, é inquestionável que a observância dos direitos da personalidade corresponde à modos de se resguardar a dignidade da pessoa humana, tendo que ser respeitado e assegurado pelo Estado, bem como pelos particulares.

Merece especial destaque, portanto, a possibilidade de a dignidade da pessoa humana ocupar lugar de limite ao exercício dos demais direitos fundamentais, a fim de se conter qualquer eventual abuso em relação a eles. Isso parte do pressuposto de que nenhum direito pode ser absoluto.

Entretanto, deve-se sempre levar em consideração que, em princípio, nenhuma violação a direito fundamental deve ser desproporcional (ferindo ao princípio da proporcionalidade), bem como não pode atingir o núcleo essencial de proteção do direito em questão.

A proporcionalidade muitas vezes é utilizada como sinônimo de razoabilidade, mas, em direito, elas significam coisas distintas. A proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, utilizada quando há um ato do Estado que promova o exercício de um direito fundamental, mas que em contrapartida colida em algum ponto com outro(s) direito(s) fundamental(is). Para analisar se a não observância a um direito fundamental em detrimento de outro é legitima é que se procede à análise da proporcionalidade por meio de suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Silva defende que o princípio da proporcionalidade deveria, com base na classificação de princípios e regras de Alexy, ser chamado de regra da proporcionalidade, uma vez que a proporcionalidade não consiste num mandado de otimização dos direitos fundamentais, mas apenas um meio de se proceder a sua garantia. Resumindo, um princípio obriga a realização de algo da melhor e maior forma possível de modo que se chegue no ponto almejado, o meio pelo qual o caminho é traçado é que corresponde a norma. O doutrinador afirma também que o princípio da razoabilidade corresponde à adequação (sub-regra da regra da proporcionalidade). (SILVA, 2002)

A interpretação conforme a regra da proporcionalidade deve ser realizada procedendo à análise de sua subdivisão, não de forma aleatória, mas sim observando a subsidiariedade existente entre elas. Desse modo é que, para a operação da verdadeira proporcionalidade, deve primeiro ser aplicada a adequação (correspondendo à razoabilidade), depois, se for

o caso, à necessidade, e, logo após, se necessária também, a necessidade em sentido estrito. Se o conflito de direitos fundamentais for resolvido logo no primeiro ou no segundo critério avaliado, não se aplica o restante.

Quanto ao número de subdivisões da regra da proporcionalidade, há divergências: a doutrina majoritária reconhece os três aqui apresentados; uma outra reconhece apenas a adequação e a necessidade; já uma terceira adiciona aos três defendidos pela corrente mais adotada a análise dos fins que a medida questionada busca alcançar.

Adequado é o meio razoável, ou seja, aquele que tem condições de alcançar a finalidade desejada, que é plenamente capaz de a promover; sendo inadequado o meio que em nada colaborar para o trabalho em favor da realização do objetivo almejado. É necessário quando, em comparação com outro(s), demonstra ser o efetivamente mais apto a alcançar o fim pretendido, não lesando, ou lesando menos, se for o caso, outros direitos fundamentais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao equilíbrio entre a intensidade da restrição a um direito fundamental e a importância básica do direito com que ele colide (é como se a medida restritiva tivesse que ter um determinado peso superior para justificar de forma convincente a restrição ao outro direito fundamental). Dessa forma, a otimização de um direito fundamental dependerá do sopesamento entre os princípios que colidem. (SILVA, 2002)

Convém destacar também que a Corte Constitucional brasileira não tem aplicado o conceito de proporcionalidade de forma correta, o que se deve também ao fato de que a doutrina também não o fez. Daí é que o Supremo Tribunal Federal tem equiparado a proporcionalidade à razoabilidade, definindo muitas vezes como proporcional o que não extrapola os limites do razoável (MARTINS, 2003). A aplicação de

tal modo como é vista na jurisprudência atual dá a entender que a proporcionalidade já é um instituto muito antigo no ordenamento brasileiro, pacífico em seu entendimento e não necessita de maiores cuidados durante a sua aplicação.

Utilizando-se, portanto, dos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, deverão ser verificados os casos concretos pelo aplicador da norma jurídica, valendo-se este de um juízo de ponderação[69] "[...] sobre as formas de exercício dos direitos em disputa, as alternativas de solução possíveis, elegendo-se, por critérios de preferência ou prevalência, o direito ou valor que deva prevalecer ou, ainda, harmonizando-se seu exercício" (CABRAL, p. 212, p. 133-134).

Há, ainda, a necessidade de averiguação, na supramencionada atividade, no caso da análise de colisões entre os direitos da personalidade mais profundamente abordados nesta pesquisa, das chamadas circunstâncias relevantes ao exercício dos direitos da personalidade, como a utilidade pública e social da informação ou a mera satisfação da curiosidade. Deve-se colocar em relevância também a dependência contextual de cada caso. (CABRAL, 2012)

Dessa forma, considerando a observância dos parâmetros expostos, é que o aplicador do ordenamento jurídico deve julgar as situações a ele apresentadas envolvendo a colisão de direitos da personalidade quando a ofensa ocorre em meio virtual, valendo-se dos ensinamentos inclusive para eventual mensuração de reparações cíveis.

---

69. "A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucinais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre os valores" (MARMELSTEIN, 2013, p. 378.) A ponderação é técnica indispensável para a atuação do magistrado, inclusive se considerado que ela deve ser realizada também antes da proporcionalidade.

4 O CASO PARADIGMA: BREVE ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 595.600/SC

Trata-se o Recurso Especial 595.600/SC do caso de uma jovem moça realizando a prática de *topless* na Praia Mole, em Santa Catarina. Ocorre que tal fato foi noticiado e divulgado na página eletrônica do jornal Diário Catarinense. A pessoa em questão argumentou que não autorizou a divulgação da sua foto e ajuizou ação em busca da reparação de danos materiais e morais em face do jornal.

Em primeiro grau houve julgamento pela improcedência da ação. Em apelação, inconformada com a decisão inicial, a jovem, apelante, obteve êxito com a condenação da apelada ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos para a reparação de danos.

No segundo grau, o Tribunal, em sua decisão, entendeu que "o Diário Catarinense, ao fazer a publicação levada a termo, exerceu sua liberdade de imprensa. Mas essa liberdade cede, resta ver, diante dos direitos assegurados constitucionalmente à apelante". Entretanto, a editora reverteu a decisão em sede de embargos infringentes. (GONÇALVES, 2014)

Sobre a veiculação de imagens para o exercício da liberdade de informação, Schreiber apresenta os seguintes parâmetros que devem ser utilizados no momento da ponderação: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto original onde a imagem foi colhida. (SCHREIBER, 2014, p. 116)

Por ocasião do julgamento, vê-se que o STJ considerou parâmetros estruturais para a sua decisão, como o caráter público do local no qual houve o registro do fato e a ausência de veiculação do nome da autora da ação. Em sua decisão, a corte destacou que:

> [...] a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo expresso consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação. [...] Na espécie, a recorrida divulgou fotografia, sem chamada sensacionalista, de imagem da recorrente fazendo *topless* "numa praia lotada em pleno feriado" (fl. 196). Isto é, a própria recorrente optou por revelar a sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora. Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Portanto, *in casu*, não há qualquer ofensa moral. Ante o exposto, não conheço o recurso. (GONÇALVES, 2014, P. 77-78)

Gonçalves, em análise do mesmo caso aqui proposto, pondera que se vive atualmente numa sociedade de vigilância, na qual, a todo momento, as pessoas são expostas a câmeras e ao registro do seu comportamento. Desse modo, em diversas oportunidades, a imagem, corolário da privacidade (ambos direitos da personalidade e direitos fundamentais), podem ser utilizados de modo equivocado. É necessária, portanto, uma revisão do conceito de privacidade em locais públicos. (GONÇALVES, 2014)

Pensa-se que o STJ tinha em mãos um caso bastante polêmico e com vários pontos que deveriam ser ponderados, para a apli-

cação adequada do princípio da proporcionalidade. Entretanto, a corte não o fez nos moldes propostos nesta pesquisa, abrindo precedente bastante perigoso que pode servir de base para a violação de direitos da personalidade, também considerando como veículo de propagação da informação os meios eletrônicos. Há que se considerar, sobretudo, o interesse coletivo na informação, e não apenas a satisfação da curiosidade popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que a tecnologia permitiu a aproximação entre pessoas mesmo que fisicamente distantes e a circulação da informação em tempo real, principalmente se considerado o uso de *gadgets* como *smartphones*. Entretanto, por outro lado, facilitou a ocorrência de abusos e a lesão a direitos, situações ainda mais evidentes no uso das redes sociais.

A tecnologia presente na rotina das pessoas, mediante a conexão com a Internet, de forma inequívoca, permite a aproximação entre pessoas mesmo que fisicamente distantes e a circulação da informação em tempo real, mas, por outro lado, facilita a ocorrência de abusos, seja pela divulgação indevida de informações públicas ou privadas, armazenamento de informações malferidoras de direitos da personalidade ou ainda pelo envio e recebimento de dados indesejáveis, entre outros. Tal realidade encontra-se ainda mais evidente na disseminação e popularização do uso das redes sociais, como o *Facebook*, o *Twitter* e o *Instagram*.

Perguntou-se se a aplicação do princípio da proporcionalidade (parâmetro mais utilizado pela jurisprudência brasileira) é adequado e suficiente para resolver os casos apresentados à apreciação do Poder Judiciário, considerando os direitos da personalidade normalmente envolvidos nos casos: direitos à liberdade de expressão, à informação e à privacidade.

Objetivou-se, então, considerando-se o ordenamento jurídico brasileiro, estudar-se o modo de aplicação do princípio da proporcionalidade na resolução de casos envolvendo a reparação civil de danos ocorridos por ofensa à direitos da personalidade.

Para tanto, foi realizada pesquisa eminentemente bibliográfica, com a análise e discussão de escritos doutrinários em livros e artigos científicos, bem como pesquisa em sítios eletrônicos e acesso à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Valendo-se do método dedutivo, primeiramente foi estudada a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade, com base na Constituição Federal de 1988. Logo após, estudaram-se brevemente os direitos da personalidade (com enfoque nos direitos à liberdade de expressão, à informação e à privacidade). Por fim, analisou-se brevemente o Recurso Especial 595.600/SC em cotejo com os parâmetros gerais do princípio da proporcionalidade.

Com a pesquisa, concluiu-se que, de acordo com as novas tendências da responsabilidade civil, os danos, mesmo que não sejam patrimoniais (os extrapatrimoniais, principalmente os morais), devem ser devidamente indenizados, compensados. Tais prejuízos podem, sem sombra de dúvida, ocorrer em ambiente virtual, por violação aos direitos da personalidade.

Reforçou-se também o entendimento de que o princípio da proporcionalidade corresponde a parâmetro adequado e que deve ser utilizado na análise dos casos concretos envolvendo o julgamento de ações de reparação de danos envolvendo o conflito entre os direitos à liberdade de expressão, à informação e à privacidade, aplicando-se, além da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, o estudo das circunstâncias relevantes que compõem cada situação.

REFERENCIAL TEÓRICO

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Marcelo Malizia. A Colisão entre os Direitos da Personalidade e o Direito de Informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

CHEQUER, Cláudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Revisão Conceitual do Direito à Privacidade: A Necessidade de uma Tutela Diferida dos Dados Pessoais na Sociedade da Informação. In: GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira; QUARANTA, Roberta Madeira; SALES, Gabrielle Bezerra (Org.). **1988 a 2002**: A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. Fortaleza: Unichristus, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade Como Critério de Controle de Constitucionalidade: Problemas de Sua Recepção Pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. **Caderno de Direito**, Piracicaba, ano 3, n. 5, p. 15-45, jul./dez. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. **Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação**: Limites e Formas de Controle. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

A RESISTENCIA DA INSERÇÃO DO ENSINO DE GÊNERO NAS LEGISLAÇÕES EDUCACIONAIS

Jully Anny Barrozo Oliveira
Thatiana Santos Ferreira
Acácia Gardênia Santos Lelis

INTRODUÇÃO

Buscou-se analisar a importância da fomentação de discussões acerca das problemáticas de gênero e sexualidade no âmbito escolar e, para consubstanciar o presente estudo, tem-se, como principal fonte de pesquisa, a legislação brasileira, tendo em vista que tanto na Constituição Federal quanto os tratados internacionais - dos quais o Brasil é signatário – há à presença da igualdade de gênero nas políticas educacionais e no cotidiano escolar. Para tanto, pautar-se-á no método empírico indutivo de análise bibliográfica de normas e letras de lei que fomentam a problemática: Se há legislação de orientação normativa e demanda social para aplicação, por que o ensino de gênero e sexualidade não é exercido nas escolas?

Toma-se como loco da pesquisa o âmbito federal com exemplo específico das escolas estaduais do Estado de Sergipe, doravante os dados do projeto de pesquisa intitulado “A Educação

de Gênero nas Escolas Estaduais de ensino fundamental e médio da Grande Aracaju: um debate para além dos sexos", qual possui como responsáveis as presentes autoras. Ou seja, analisar-se-á a problemática do exercício da discussão sobre gênero e sexualidade nas escolas estaduais de Sergipe, com o objetivo de refletir acerca dos motivos que não é feita em âmbito federal.

Tal tese - empírica indutiva - tem como alicerce as normas regentes do tema nos mais diversos âmbitos, seguinte o ciclo no sentido macro ao micro; Indo da Carta Internacional de Direitos Humanos, por exemplo, à Resolução Normativa de Sergipe para discutir acerca da inserção e efetivação das normas relativas ao tema.

1. DAS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Discute-se há tempos acerca da importância da discussão de gênero e sexualidade como instrumento necessário à garantia de direitos fundamentais, porém, a temática paira no plano das ideias e, diante das demandas e necessidades da sociedade atual, nota-se que esta carece da efetividade prática.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, deferiu a repercussão geral do Recurso Extraordinário que discute a lesão aos direitos personalíssimos de transexual impedida de utilizar o banheiro feminino em shopping center (STF, 2015):

> EMENTA: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

> 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes.
>
> 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade
>
> 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas, bem como por não se tratar de caso isolado.
>
> (RE 845779 RG, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 13/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJ 10-03-2015)

Na decisão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal discorreu que a identidade sexual do indivíduo está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade, com fulcro na Constituição. Partir-se-á, então, da tese consolidada na decisão judicial pela Suprema Corte Pátria: questões intrínsecas à autoafirmação de gênero e orientação sexual são, sobretudo, questão constitucional, posto que se refere a direito fundamental.

A necessidade de se reivindicar a incidência da cláusula geral da tutela da dignidade humana nas questões que envolvem a lesão à direitos da personalidade decorre do exercício da garantia da tutela de autonomia privada assegurada pela Constituição de 1988, por meio de respeito ao auto reconhecimento de gênero e/ou orientação sexual posto pelo indivíduo em sociedade.

Há de se admitir que tais questões encontram-se amparas e delimitadas nas previsões principiológicas fundamentais trazidas no bojo da Constituição Federal. Consoante entendimento doutrinário defendido por Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2013) a necessidade da previsão legal destes princípios se deu (justamente) pela elevação destas ao status de princípio fundamental:

> Hodiernamente, contudo, entendem muitos ordenamentos jurídicos, almejando tornar mais efetiva a dignidade do homem, elevada ao status de princípio fundamental, em muitos deles, que o melhor caminho legislativo a seguir é inscrever nos textos constitucionais os direitos da personalidade. Ganha corpo, desta maneira, o movimento da constitucionalização da proteção ampla e irrestrita da personalidade humana, como se percebe das experiências espanhola e italiana, além da necessária referência à ordem jurídica brasileira.

Nesta senda, faz-se necessário a delimitação dos conceitos pelo que se compreende, para o desenvolvimento da tese, sobre os princípios citados. Entende-se aqui como a proteção jurídica que o princípio da dignidade humana proporciona, como "a garantia de que a pessoa será respeitada como um fim em si mesmo, ao invés de ser concebido como meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros" defendida por Carvalho (2017), qual ainda complementa que

> "Neste passo, não cabe ao Estado limitar arbitrariamente as subjetividades no sentido que considerar mais apropriado, já que esvaziaria a autonomia privada do sujeito na sua dimensão mais relevante, qual

> seja a de se autodeterminar, de fazer escolhas e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros. Deve, contudo, garantir as condições mínimas para que os sujeitos que possuam sua autonomia privada, em seu âmbito existencial, possam exercer sua liberdade com plenitude e dignidade, situando esta tutela na pessoa e não na coletividade".

Ou seja, conforme expõe o Autor, a observância do princípio da liberdade e ao direito fundamental à igualdade é a chave para garantir o exercício pleno da dignidade da pessoa humana. Porém, há de se delimitar que o conceito de liberdade utilizado é o de direito libertário à autodeterminação da pessoa humana, traduzida em um direito fundamental relacional de autonomia. Ou seja, ratificando a garantia de sua tutela, a constitucional brasileira protege a autonomia pública individual, não por favor, mas por cumprimento aos preceitos democráticos.

Já no que concerne à personalidade, usa-se como supedâneo os ideais de Orlando Gomes (1989), que os caracteriza como:

> "[...] sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos".

O Código Civil brasileiro introduziu a tutela da pessoa em seus dispositivos artigo 11 ao 21, denominando-os como "Dos direitos à personalidade". Dentre esses a identidade de gênero

é exercida principalmente via pleito do uso do nome social, porém a autodeterminação de si vai muito além disso. A necessidade de priorizar a eficácia dos direitos fundamentais à privacidade, igualdade e ao livre e digno desenvolvimento da pessoa humana, culmina na proteção da identidade de gênero; e, haja vista ser manifestação intrínseca da personalidade do indivíduo, qualquer dano a esta, é um dano aos direitos fundamentais da pessoa e, portanto, aos direitos humanos.

2. DO HISTÓRICO LEGISLATIVO

A desigualdade na educação vai muito além dos limites dos sistemas educacionais, das instituições e dos processos, e, diante disto, a dinâmica legislativa não poderia ficar inerte. O Fórum Mundial de Educação, realizado em Dacar, no Senegal, em abril de 2000, adotou seis grandes metas para a educação, duas das quais, naquele mesmo ano, se converteram em Metas de Desenvolvimento do Milênio. Tendo reconhecido que a desigualdade educacional é uma das grandes infrações aos direitos das mulheres e meninas, e também uma barreira importante ao desenvolvimento social e econômico, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem reconheceu o direito à educação, declarou que a educação primária deve ser gratuita e obrigatória, e que os níveis superiores da educação devem ser acessíveis a todos, com base no mérito. Desde então, tratados e declarações foram promulgados, visando a transformar essas aspirações em realidade. A Carta Internacional de Direitos Humanos traz disposições sobre a educação gratuita e obrigatória e sobre a não-discriminação na educação. As duas convenções mais recentes – sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, 1979) e sobre os Direitos da Criança (CRC, 1990) – contêm o conjunto mais abrangente

de compromissos com força de lei, no tocante tanto ao direito à educação quanto à igualdade entre os gêneros (UNESCO, 2003). Contudo, além destas, o Brasil também é subscritor de várias outras Convenções relacionadas à luta contra as várias facetas da discriminação, tais como Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação curriculares que visem o enfrentamento às violências fundamentadas pelo preconceito (...), e mesmo assim, os dados sobre equidade mostrados não demonstram a efetivação de tais acordos mundiais.

Saliente-se que nenhuma das grandes convenções já citadas versam objetivamente sobre sexualidade, seja ela hétero ou homoafetiva[70]. Gravidez precoce, doenças venéreas e violências motivadas pelo preconceito não pareciam preocupar os governantes até então.

Apenas em 2015, a UNESCO e a setorial de mulheres da Organização das Nações Unidas (ONU) expõem apoio ao ensino de gênero nas escolas, por meio de iniciativas como a "O valente não é violento", que tem por objetivo estimular a mudança de atitudes e comportamentos para prevenir e erradicar toda e qualquer forma de violência, em especial a violência de gênero.

No que concerne ao Brasil, a competência para legislar sobre as diretrizes da educação é privativa da União, de acordo com o art. 22, XXIV da Constituição Federal, cabendo aos Estados expedirem normas suplementares (art. 24, §1º e §2º, CF), ou seja, na hipótese de não existir nenhuma lei geral da União sobre educação, caberia aos Estados exercer a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º). Todavia, a superveniência de lei federal sobre normas

70. Tendo em vista a grande estigmatização e leda correlação sexual ao termo "homossexualidade", a autora Maria Berenice Dias (2000), em busca de esmiuçar o animus afetivo da família ao âmbito jurídico deu origem ao termo "homoafetividade".

gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

Nesse caminhar, fora exarada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394) em 20 de dezembro de 1996, na qual em seus artigos 10 e 11, oportuniza aos Estados-membros e Municípios o exercício de algumas incumbências, em consonância à Constituição. Vejamos:

> Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:
>
> I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;
>
> II - definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público;
>
> III - elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios;
>
> IV - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;
>
> V - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;
>
> VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei;

VII - assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.

Parágrafo único. Ao Distrito Federal aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e aos Municípios.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;

II - exercer ação redistributiva em relação às suas escolas;

III - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.

Posteriormente, fora proposto, no documento final da Conferência Nacional de Educação de 2014 – o Plano Nacio-

nal de Educação (PNE - Lei 13.005/14) –, a inclusão de metas que visassem educar os estudantes acerca da necessidade de respeitar as variadas diversidades decorrentes dos gêneros e das orientações sexuais, o que ficou comumente chamado de "Educação de Gênero".

Nesse sentido, o PNE, documento com periodicidade decenal, impõe que os planos estaduais, distrital e municipais sejam construídos em consonância e referência a ele. Ao analisa-lo, os parlamentares retiraram a questão de gênero e orientação sexual do texto, por considerá-la inadequada ao ambiente escolar, dando origem a tsunami de dúvidas e críticas que avassalou o país com o nome de "Movimento Escola Sem Partido" (PL – 193/2016), em tramitação no Senado Federal, o qual almeja, em suma, proibir debates que tenham teor político, ideológico, sexual ou religioso nas salas de aula. E não é o único.

De um lado o PNE, com todo seu arcabouço democrático, fruto de debates e assembleias e pesquisas sociais; de outro, projetos de lei que possuem como base o artigo 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual "os pais têm direito a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. " São esses "Cura Gay", "Estatuto da Família", o PL 5358/2016, projetos como o 2731/2015, que altera PNE, vedando a discussão de gênero dentro das escolas, e prevendo pena de prisão, previstas no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 6 meses a 2 anos para aqueles que desrespeitarem a determinação e submetam "criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento"; e o de nº 7180/2014, que pretende alterar a LDB, em seu inciso XIII do artigo 3º, para proibir o ensino daquilo que chama de "ideologia de gênero"; ainda estão em tramitação no Congresso Nacional.

Esses tipos de normas poderiam ser imediatamente contestadas utilizando-se o argumento da legislação concorrente, pois, além de algumas serem interpostas em âmbito estado, a LDB, em seu art. 12, I, conferiu – com aplauso do art. 206, II, da Constituição Federal (que outorga, dentro do sistema educacional de ensino, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber) – aos estabelecimentos de ensino, a incumbência de elaborar e executar sua proposta pedagógica, razão pela qual não poderia uma norma estadual ou municipal tolher tal autonomia.

> Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:
>
> I - elaborar e executar sua proposta pedagógica;

O Supremo Tribunal Federal, ao tratar de caso que envolveu o mesmo artigo da Constituição Federal, decidiu que "é inconstitucional, por vício formal, lei estadual que inaugura relação jurídica contraposta à legislação federal que regula normas gerais sobre o tema" (STF - ADI 5163/GO), contudo o município de Santa Cruz do Monte Castelo, no Paraná, aderia à proposta de lei municipal e teve as paredes das escolas da rede pública tomada por cartazes milimetricamente padronizados com trecho da proposta que versa "O professor não pode se aproveitar dos alunos para promover seus próprios interesses ou preferências ideológicas, religiosas, políticas e partidárias" (GOMES, 2016).

Faz-se mister ressaltar que o presente estudo teve, como escopo principal, o Estado de Sergipe, e, após uma minuciosa análise, verificou-se que o Estado conta com legislação acerca do tema desde 2013. A Resolução Normativa nº 01, de 28 de fevereiro de 2013, recomenda a inclusão de conteúdos pro-

gramáticos relativos aos direitos da mulher e outros assuntos com o recorte de gênero nos currículos da Educação Básica, todavia, esta não impediu que os termos "gênero" e "sexualidade" fossem excluídos do Plano Estadual de Educação (PEE/SE) e dos Planos Municipais da maioria dos municípios.

3. DA FORÇA NORMATIVA

O que se depreende é que, superada a identificação do debate de gênero como instrumento necessário para a efetivação de direitos fundamentais, resta à indagação da necessidade da previsão normativa para seu exercício, haja vista a comprovada necessidade social e reconhecimento da importância da medida pelos órgão internacionais, consubstanciados pela concordância federativa brasileira.

Hodiernamente, o ordenamento brasileiro passou a comportar os tratados internacionais sob três prismas de hierarquias que decorrem de seu teor, e procedimento de entrada, como exposto pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 5º, §3º, implementado pela emenda constitucional nº 45

> "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"

Sendo os tratados aprovados antes da previsão, considerados normas supralegais, ou seja, superior à lei ordinário e inferior à Constituição Federal, conforme a teoria monista nacionalista defendida por Rezek (2005), que assevera que a soberania do Estado precisar portar distinta relevância e que a descentralização da sociedade internacional precisa ser

levada em conta. E, por fim, no que tange aos tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos serão adotados como leis ordinárias.

Para aferir se uma norma está conforme com a CF reivindica-se o princípio da segurança jurídica para exercer tal controle de constitucionalidade brasileiro, contudo, o elemento que caracteriza a ideia de um direito coerente com a realidade social é hodiernamente sua efetivação.

A análise das legislações vigentes, das obras doutrinarias e literárias deixou evidente que mesmo o Brasil sendo signatário de diversos Planos, Tratados e Decretos – de cunho nacional e internacional - que tratam diretamente do tema em questão, será preciso muito mais trabalho prático para alcançarmos o objetivo maior – constante em lei – que seria o respeito à pluralidade, seja ela de caráter cultural, religioso, social ou de gênero (LELIS, apud. 2016).

O "(...) III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; (...)" e o "(...) IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; (...)" citado na LDB como princípios a serem seguidos, além de trazer como finalidades da educação e, consequentemente, o pleno desenvolvimento do educando, busca-se prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho. Todavia, restou apurado, que mesmo após a sua promulgação, de acordo com o mapa da violência de 2015, e com o banco de dados do Grupo Gay da Bahia (GGB) – respectivamente –, entre 2009 e 2011, o Brasil registrou 16,9 mil feminicídios (mortes de mulheres por conflito de gênero), e, em 2015, cometiam 1 crime de ódio contra LGBT a cada 27 horas.

A Base Curricular Comum Nacional – a qual trata-se de documento criado para tentar ratificar e pôr em pratica os princípios constantes nas legislações educacionais vigentes, como por exemplo, na Constituição Federal e no PNE – trou-

xe, como foco do trabalho pedagógico, a formação de uma perspectiva que "respeite as diversidades culturais, étnico-raciais, de gênero, de classe social das pessoas, apoiando as peculiaridades das crianças com deficiência, com altas habilidades/superdotação e com transtornos", gerando, mesmo assim, diversas polêmicas.

O Estado de Sergipe, em contrapartida, de acordo com pesquisa realizada pelo Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), constatou que Aracaju, capital sergipana, encontra-se entre as 5 capitais nordestinas que não alcançaram as metas previstas para as redes públicas.

Mesmo com a Resolução Normativa nº 01 do Conselho Estadual de Educação, o tema foi excluído do PEE/SE. Com a divulgação do Projeto do Documento Base o Estado comprometeu-se em assegurar e ampliar uma política de formação continuada aos segmentos escolares para construção de projeto político pedagógico e propostas curriculares que envolvessem todos os pilares sociais. Contudo, após sua promulgação através da Lei nº. 8.024 de 04 de setembro de 2015, o PEE/SE se eximiu dos termos "gênero" e "sexualidade", abraçando apenas os princípios da democracia, da representatividade e da autonomia, presentes na Meta 19; ignorando, assim, fatos sociais como o de Sergipe, onde os dados demonstram a taxa de 4,26 em homicídios contra a população LGBT, a quarta maior do país, e o crescimento de 40,3% da taxa de feminicídio, de 2003 a 2013, ainda de acordo com o GGB e com o Mapa da Violência de 2015.

Inegavelmente, as taxas colhidas em pesquisas são reflexos da falta de discurso acerca de sexualidade em que a ocorrência de violência sexual é cada vez mais reconhecida. PINHEIRO (apud OMS, 2017) identificou, entre outras problemáticas que:

> Em estudo multipaíses realizado pela OMS envolvendo países desenvolvidos e em desenvolvimento, entre 1 e 21 por cento das mulheres relataram que haviam sofrido abuso sexual antes de completarem 15 anos, na maioria dos casos por parte de parentes do gênero masculino que não eram o pai ou o padrasto.
>
> (...) A ausência de idades mínimas legalmente estabelecidas para o consentimento sexual e o casamento em alguns países pode expor crianças a atos de violência por parte de parceiros.
>
> (...) Estima-se que 82 milhões de meninas casam-se antes de completarem 18 anos de idade.

CONCLUSÕES

As altas taxas de violência de gênero em Sergipe, e sua precária nota no Ideb mostra o quanto à ausência de uma educação plural de qualidade contribui para os altos índices de violência do Estado; e, consoante a tese indutiva, pode-se averiguar que a realidade do âmbito federal não é destoante.

É perceptível que o problema não estar na ausência de Planos ou Leis referentes à educação de gênero, e sim no fato de haver inúmeras barreiras no momento da aplicação destes. Mesmo diante da laicidade estabelecida pela Constituição Federal alguns dos políticos brasileiros, quando se trata de temas que envolvam gênero e sexualidade, buscam, pautando-se na religiosidade, dificultar a promulgação ou implementação desta e isto, sem dúvidas, contribui para a ascensão da violência física, psicológica e moral dos cidadãos e cidadãs que têm seus direitos e liberdades sociais cerceados pela intolerância.

Como bem estabelece o artigo 205 da CF e os demais princípios constantes no artigo 206, a educação tem como objetivo

o pleno desenvolvimento da pessoa. Preparar a sociedade para o exercício da cidadania deve ser prioridade, visto que só assim poderá ser alcançado o ideal de autonomia individual, qualidade de vida e direitos garantidos uniformemente a todos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Larissa. **Direito à identidade de gênero à luz da constitucionalização do Direito Civil**: análise do Projeto de Lei João W. Nery (PL nº 5.002/2013). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40126/direito-a-identidade-de-genero-a-luz-da-constitucionalizacao-do-direito-civil-analise-do-projeto-de-lei-joao-w-nery-pl-n-5-002-2013>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular**. Brasília/BR: Ministério da Educação, 2015.

________. **Código Civil**. Brasília/BR: Presidência da República, 2002.

________. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB**. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996.

________. **Plano Nacional da Educação – PNE.** Brasília/BR: Ministério da Educação, 2014.

________. **Projeto de Lei 193.** Brasília/BR: Senado Federal, 2016.

________. **Projeto de Lei 2731.** Brasília/BR: Câmara dos Deputados, 2015.

________. **Projeto de Lei 4931.** Cura gay. Brasília/BR: Câmara dos Deputados, 2016.

________. **Projeto de Lei 5358.** Brasília/BR: Câmara dos Deputados, 2016.

________. **Projeto de Lei 6583.** Estatuto da Família. Brasília/BR: Câmara dos Deputados, 2013.

________. **Projeto de Lei 7180.** Brasília/BR: Câmara dos Deputados, 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica. Organização dos Estados Americanos, 1969.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral e Lindb. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GGB. **Quem a homotransfobia matou hoje? Relatórios**. Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/estatisticas/relatorios/>. Acesso em: 17 de set. de 2016. GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

IDEB. Índice de Desenvolvimento da Educação Básica. **Relatório 2005-2015**. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/portal_ideb/planilhas_para_download/2015/resumo_tecnico_ideb_2005-2015.pdf>. Acesso em: 17 de setembro 2016.

ONU MULHERES. **Iniciativa O valente não é violento. Plano de aulas.** Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-e-uniao-europeia-lancam-curriculo-e-planos-de-aulas-para-o-ensino-fundamental-sobre-igualdade-de-genero-e-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-e-meninas/>. Acesso em 31 de mai. de 2016.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Relatório do Estudo das Nações Unidas sobre a Violência Contra Crianças. Disponível em: < www.onu-brasil.org.br > . Acesso em 20 de maio de 2017.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SERGIPE. Fórum Estadual de Educação de Sergipe. **Documento Base do Plano Estadual de Educação de Sergipe - PEE/SE**. Aracaju/SE: Secretaria de Estado da Educação, 2015.

_________. **Plano Estadual de Educação de Sergipe - PEE/SE**. Aracaju/SE: Secretaria de Estado da Educação, 2015.

________. **Resolução nº 01**. Aracaju/SE: Conselho Estadual de Educação, 2013.

STF. RE nº 845779. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1 = %28RG + RE + 845779 %29&base = baseRepercussao&url = http://tinyurl.com/yar4rqhg > . Acesso em 09 de maio de 2017.

___. ADI nº 5163. Relator: Ministro Luiz Fuz. **Diário Oficial da União**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1 = %28ADI + 5163 %29&base = baseAcordaos&url = http://tinyurl.com/k7e6efj > . Acesso em: 09 de maio de 2017.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015** - Atualização: homicídio de mulheres no brasil. Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf > . Acesso em: 10 de set. de 2016.

"EU SÓ QUERIA REPRESENTAR A DOR QUE SENTIMOS": O PAPEL DOS DIREITOS HUMANOS NA INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL

Kaoanne Wolf Krawczak

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos dos transexuais diariamente são violados e desrespeitados pelos sujeitos que seguem fielmente os padrões de conduta considerados "normais" em um determinado contexto social. Diante desse contexto de conflitos identitários e de tensionamentos nas questões do gênero, busca-se entender como esse processo todo ocorre e como os direitos humanos podem desempenhar um papel relevante na efetivação dos direitos dos transexuais. Pretende-se buscar uma resposta eficiente e adequada para este problema de gênero enfrentado diariamente pelos transexuais que se encontram "inseridos" em uma sociedade marcada por preconceitos.

1. TRANSEXUALIDADE: ALGUNS APORTES TEÓRICOS E JURÍDICOS

A transexualidade hoje é um assunto bastante recorrente, inclusive ocupando páginas de revistas, programas de

televisão e até mesmo capítulos de novela. Apesar disso, a transexualidade é ainda tratada com muito preconceito, pois "para a maioria, o transexual ainda é um ser estranho a tudo e a todos, quase como se não fosse humano, o que implica incontáveis desconfortos, levando-os, quase sempre, à margem da sociedade [...]" (SCHEIBE, 2008, p. 11) E mais, "todo e qualquer tema que esteja ligado à questão sexualidade é ainda cercada por inúmeros mitos e preconceitos que acabam por evitar que estes sejam discutidos no grande grupo". (STURZA e SCHORR, 2015) Se apenas falar no assunto ainda é um tabu, com a integração dos transexuais na sociedade o problema é ainda maior, pois ela não ocorre de forma efetiva. E é aí que está o problema, ela não ocorre. E quando ocorre, é marcada por diversos processos traumáticos para os transexuais e para aqueles que tentam realizá-la de forma efetiva.

Diante desse cenário de incertezas e traumas, é que se faz necessária e imprescindível a atuação dos direitos humanos de forma a suavizar as controvérsias e concretizar a integração dos transexuais, "até então socialmente escondidos e [...] excluídos". (SCHEIBE, 2008, p. 16) E essa integração deve se dar nos aspectos físico, psíquico, jurídico e social para que eles possam encontrar o espaço social de que tanto necessitam.

Em primeiro lugar, irá se debater sobre a adequação em relação aos aspectos físicos, de modo que "o indivíduo não quer simplesmente mudar de sexo. A adequação lhe é imposta de forma irresistível; portanto, ele nada mais reclama que a colocação de sua aparência física em concordância com seu verdadeiro sexo: o sexo psicológico". (VIEIRA, 2000, p. 88) Assim, tem-se que os transexuais são pessoas que reprovam seus órgãos sexuais externos, pois querem pertencer ao sexo oposto, diante disso, a grande maioria, deseja se livrar deles por meio de um procedimento médico, a cirurgia de

redesignação sexual. Pois, "segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero". (VIEIRA, 2000, p. 89) Esse procedimento cirúrgico é a cirurgia de transgenitalização – se apresentando, hoje, como a melhor solução para esses casos de não identificação, a qual é "prevista e autorizada pela resolução n° 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina". (CRUZ, 2009, p. 59)

Mas, apesar de hoje se apresentar como o recurso mais adequado, que apresenta altos índices de sucesso, inclusive sendo realizada por profissionais que se especializam e se dedicam a este tipo de procedimento, antes de se optar por ela é preciso observar diversos requisitos. "Entre as especificações, os mais importantes para seguir o procedimento correto estão nos artigos 3° e 4° da Resolução n° 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina". No artigo 3° constam os critérios que devem ser obedecidos para que os sujeitos se enquadrem como transexuais e possam realizar a cirurgia, enquanto o artigo 4° define por quais avaliações os pacientes selecionados devem passar.

Importante salientar que a resolução trata da cirurgia como adequação de sexo, e não como mudança de sexo como é chamada, erroneamente, pela maioria das pessoas. E também menciona os locais onde as cirurgias devem ser realizadas, ao passo que "os procedimentos cirúrgicos de adequação de fenótipo feminino para masculino devem ser praticados em hospitais universitários, ou hospitais públicos, com fim de pesquisa", conforme diz o artigo 5° da referida resolução.

Ainda, quanto à cirurgia de adequação de sexo, deve-se que abordar o papel do Sistema Único de Saúde (SUS) neste processo. Assim, com base na Portaria n° 2.803/13, que redefiniu e ampliou o processo transexualizador no SUS, tem-

-se que estas cirurgias podem ser realizadas pelo SUS, desde 2008, porém, estas apenas serão concretizadas se os pacientes atenderem certos requisitos, como por exemplo, "maioridade, acompanhamento psicoterápico por pelo menos dois anos, laudo psicológico/psiquiátrico favorável e diagnóstico de transexualidade". (PORTAL BRASIL, 2015)

Para melhor exemplificar o atendimento do SUS aos transexuais, seguem dados:

> No Brasil, o Ministério da Saúde oferece atenção às pessoas nesse processo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) desde a publicação da Portaria Nº 457, de agosto de 2008. Até 2014, foram realizados 6.724 procedimentos ambulatoriais e 243 procedimentos cirúrgicos em quatro serviços habilitados no processo transexualizador no SUS. (PORTAL BRASIL, 2015)

Mas, além da cirurgia, outros procedimentos precisam ser adotados, como a submissão a tratamentos hormonais, colocação de próteses de silicone, procedimentos estéticos, entre outros. Além disso, é preciso mencionar que, que após ocorrer a triagem dos transexuais, é preciso dar atenção à fase pós-operatória, de modo que "inclinamo-nos pela submissão do transexual a uma equipe multidisciplinar de profissionais especializados no assunto.

Em razão disso, em um segundo plano há que se analisar como se dá a adequação em relação aos aspectos psíquicos. Isso porque o fenômeno transexual, nas palavras de Castel (apud VENTURA; SCHRAMM, 2009), em sua versão contemporânea, revela uma dialética que após ser desenvolvida resultou na criação de uma doença, envolvendo disputas e consensos entre as diversas especialidades médicas – entre

medicina, ciências sociais, direitos e demais saberes, e os movimentos organizados. De modo que a problemática psicossocial revela que "existe uma ruptura entre o corpo e a mente do transexual, que se sente como tivesse nascido no corpo errado, como se esse corpo fosse um castigo ou mesmo uma patologia congênita". (HOGEMANN; CARVALHO, 2015, p. 2)

Entretanto, apesar de o transexual se considerar "pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar" (HOGEMANN e CARVALHO, 2015, p. 3) através da cirurgia de redesignação sexual, para ter acesso a tais "modificações corporais e alteração da sua identidade sexual" (VENTURA e SCHRAMM, 2009, p. 67) ele precisa passar por um protocolo.

Nesse sentido, esse protocolo foi criado com o objetivo de se fixarem descrições e prescrições sobre o modo mais adequado de se viver a transexualidade, ou seja, restringindo e estabelecendo limites para que a prática das intervenções seja realizada de forma segura, de modo a não provocar mais sofrimentos a estes sujeitos. Até porque, a psiquiatria entende o transexualismo como uma patologia, o que, por si só, já gera grandes aflições e tormentos. Ao passo que "para a psicanálise, a sexualidade e principalmente a diferença sexual, são fenômenos complexos que definem formas de manifestação das subjetividades". (ARAN, 2006, p. 55)

Nesta perspectiva, "os espectros de descontinuidade e incoerência que se transformam numa patologia são, desta forma, apenas concebíveis em função deste sistema normativo". (ARAN, 2006, p. 50) Neste sentido, "certos tipos de identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural". (BUTLER, 2003, p. 39)

Nesse sentido, cumpre salientar que a Organização Mundial da Saúde enquadra o transexualismo no rol dos Transtornos de Identidade Sexual, identificando-o através do Código F64.0. Entretanto, como dizem Sturza e Schorr (2015, p. 269),

> esta classificação como um transtorno de identidade sexual, dada pela OMS, é totalmente desaprovada pelos transexuais e pelos doutrinadores estudiosos do tema, vez que não pode ser considerado como uma doença, mas sim como **uma identidade sexual diversa da considerada como normal**, porém única. [grifo nosso]

Voltando à questão principal, é preciso realçar a necessidade de um apoio psicológico eficiente aos sujeitos que se identificam como transexuais, mesmo para aqueles que não optarem pela cirurgia, e em especial, para os que optarem. Assim, Chilland (apud ARAN, 2006, p. 57), importante teórica deste campo, ao relatar a diversidade da experiência transexual hoje, destaca

> a importância da realização da psicoterapia psicanalítica com os transexuais que a desejarem, ressaltando a importância da realização de um apoio psicológico e existencial no processo psicanalítico. Segundo a autora, o reconhecimento desta condição pode oferecer um espaço de acolhimento que permita uma melhor organização assim como a ampliação das possibilidades subjetivas.

Seguindo outra linha de pensamento, levando em conta os diversos tipos de conflitos dos quais a transexualidade pode ser objeto, tem-se que destacar as desordens ligadas

às tensões intraindividuais, ou seja, do indivíduo com ele mesmo. Assim, podem ser conceituados como aqueles que resultam da crise entre a identidade de gênero e a identidade sexual, ou melhor, entre a "identidade corporal e a identidade de gênero". (BENTO, 2006) Ainda, também pode ser definido como o "conflito entre sexo físico e sexo psíquico" (HOTTOIS apud VENTURA; SCHRAMM, 2009, p. 70). Porquanto, conforme Ventura e Schrmann (2009, p.70),

> tal tensão também pode ser indicada pelo prefixo *trans* -, que aponta a necessidade de usar um "terceiro termo" para definir o fenômeno. O prefixo vem preposição latina *trans*, que indica "além de", "para lá de", "depois de", podendo, portanto, referir-se a um terceiro identitário de difícil colocação lógica e semântica, pois indica ao mesmo tempo uma disjunção e uma conjunção. Ser *trans* – não é ser nem um nem outro e, ao mesmo tempo, ser um e outro, de acordo com a semântica do verbo "transitar", que implica poder ir de um lado para outro e vice-versa.

Mas, não se pode deixar de lado a problemática gerada pelos efeitos produzidos pelo diagnóstico psiquiátrico desta condição sexual (ser transexual), pois, na maioria das vezes as implicações são estigmatizantes e até mesmo discriminatórias. Assim, é preciso um maior aprofundamento dessas questões psíquicas, tendo em vista que são pré-requisito para os indivíduos possam ter acesso aos recursos médicos disponíveis. De modo a analisar se esta restrição à autonomia dos sujeitos transexuais é mesmo necessária, se ela realmente o protege, e se de fato é efetiva e eficaz.

Em uma última análise, "além de profundo conflito individual, há repercussões nas áreas [...] jurídicas, pois o tran-

sexual tem a sensação de que a biologia se equivocou em relação a ele"; (OLAZÁBAL, apud HOGEMANN; CARVALHO, 2015, p. 3) Assim tem-se que verificar como ocorre a adequação dos transexuais em relação aos aspectos jurídicos. Pois, "[...] o Direito não pode se calar às mudanças comportamentais verificadas no seio social, além de ter a necessidade de adequar-se ao afloramento dos novos impulsos e anseios por que passa nossa sociedade e ao qual o ser humano está ligado". (STURZA; SCHORR, 2015, p. 267) Pois,

> após a cirurgia, outro entrave ao cidadão redesignado surge. É a questão do seu nome e sexo constantes em seu registro civil. De acordo com a Lei dos Registros Públicos, só poderá ser alterado o prenome quando ele expuser o cidadão ao ridículo ou quando for consequência de um erro evidente quando da sua lavratura, não existindo previsão legal quanto aos casos de intervenção cirúrgica de mudança de sexo. (STURZA; SCHORR, 2015, p. 267)

Em razão disto, a cada dia surgem mais ações judiciais, pois se tornaram imprescindíveis, e todas com o mesmo objetivo, obter uma autorização do Poder Judiciário para regularizar o registro civil, em razão da nova realidade física e fática vivenciada pelos sujeitos envolvidos (no caso, os transexuais). Como exemplo, "uma das pioneiras foi o conhecido caso envolvendo Roberta Close, nascida Luís Roberto Gambine Moreira, e que realizou a cirurgia na Suíça, pela impossibilidade de realizar no Brasil, à época". (STURZA e SCHORR, 2015, p. 271) Entretanto, o assunto não ficou apenas nos tribunais estaduais, pelo contrário, até o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela alteração do registro civil, permitindo a modificação do prenome e do sexo que constava no documento original,

com base no princípio da dignidade da pessoa humana, usado para fundamentar as decisões favoráveis a alteração.

Por conseguinte, VIEIRA (2000, p. 91) explica que

> O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação do sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (arts. 6° e 196 da Constituição Federal), principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal [...] Trata-se, destarte, de um direito da personalidade (grifo do autor)

Da mesma forma, Rocha (apud VIEIRA, 2000, p. 98) salienta que apesar de "inexistir leis em nosso Código Civil e em nossa Lei dos Registros Públicos [...] o problema sob judice não enseja a possibilidade de omissão judicial, mesmo porque o direito tem numerosas fontes [...]". Assim, na falta de regulamentação, os transexuais são obrigados a recorrer ao Poder Judiciário, isso significa, que ficam sujeitos às vontades dos Tribunais, ou seja, as decisões nem sempre são idênticas, pelo contrário, são diversificadas, podendo, inclusive, serem desfavoráveis – ocorrendo com mais facilidade quanto à alteração do sexo legal.

> Algumas, por exemplo, estabelecem que fique inscrita a condição de transexual no registro, o que não atende integralmente à demanda de reconhecimento no plano cível da identidade de gênero adotada. É importante ressaltar que a alteração do sexo legal não é trivial para o sistema legal, que reconhece alguns direitos e obrigações diferenciadas para homens e mulheres, como a prestação de serviço mi-

> litar obrigatório, tempo de aposentadoria, e outras relativas aos direitos de família, como maternidade e paternidade, filiação, casamento, que podem atingir direitos de terceiros. Daí a importância de se prever a extensão dos efeitos da alteração da identidade sexual. (VENTURA e SCHRAMM, 2009, p. 83)

Outrossim, quanto ás decisões favoráveis, conforme Ventura e Schramm (2009, p. 83), tem-se que

> Os respaldos e fundamentos das decisões judiciais favoráveis indicam que o Judiciário ainda não admite pura e simplesmente o direito à identidade de gênero como uma escolha da pessoa, mas, sim, como "um drama pessoal que encontra definição e respaldo na ciência médica e psicológica que o impeliu para uma final realização terapêutica que encontra o seu clímax na sentença retificadora de sua condição sexual e do seu nome" [...]

Nesse sentido, para confirmar o entendimento jurisprudencial, acima explicitado, seguem jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (a escolha por este tribunal se deu em razão de ser o Rio Grande do Sul o primeiro estado brasileiro a reconhecer direitos para os transexuais, como exemplo, temos que foi o pioneiro na instituição da carteira social para os transexuais).

> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO QUANTO AO NOME E SEXO DO AUTOR. TRANSEXUALISMO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIS-

> TRO, UMA VEZ NÃO PREVISTA CIRURGIA PARA MUDANÇA DE SEXO, NEM MESMO PROVA ROBUSTA ACERCA DA ABRANGÊNCIA DO TRANSTORNO SEXUAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70056132376, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013). (RIO GRANDE DO SUL, 2013)

Neste contexto, há que se entender sobre a readequação de documentos – permitida apenas depois da realização da cirurgia de adequação sexual, já que estes são de grande importância social, e inclusive simbólica em nossa sociedade. Neste sentido, mudá-los, para os transexuais é "de enorme importância, pois é pelo uso de documentos adequados à sua identidade social que conseguem escapar das pequenas (e grandes) humilhações e constrangimentos do dia-a-dia". (ZAMBRANO, 2003, p. 83) De forma que,

> o primeiro documento de identidade é o registro de nascimento que estabelece, além de outros dados de identificação, o nome e o sexo do recém-nascido. Torna-se peça fundamental em que todos os outros documentos vão estar apoiados, dando origem à menção do sexo em cada um deles.

Entretanto, apesar da facilidade para se declarar o sexo da criança no momento do registro, o mesmo não ocorre quando o sujeito transexual pretende mudá-lo, em um momento posterior. A dificuldade se dá em razão de se apoiar nos princípios jurídicos da indisponibilidade do estado das pessoas e da indisponibilidade do direito ao próprio corpo.

Assim, nas palavras de Zambrano (2003, p. 82), temos que

> O princípio da indisponibilidade do estado das pessoas refere-se ao estado civil que inclui data, hora e lugar de nascimento, nome e sobrenome dos pais, o nome e o sexo da criança. Nenhum destes elementos foi escolhido pelo recém-nascido e o princípio afirma não se poder mudar este registro por um capricho da vontade do indivíduo. As razões alegadas são as de estar ligado ao preceito de ordem pública, sendo a certidão de nascimento prova de existência da pessoa e seu ingresso no mundo jurídico.

Ao passo que "[...] o princípio da indisponibilidade do corpo humano, que funda a proibição de comercializar com o corpo humano, proíbe qualquer atentado à dignidade da pessoa humana e garante respeito ao corpo humano e a inviolabilidade do mesmo" (ZAMBRANO, 2003, p. 83). Outrora, temos que a principal dificuldade na troca de documentos se baseia no fato de o Direito adotar o princípio da imutabilidade dos dados constantes no registro civil, salvo, por motivo de erros gráficos. Mas, como já explicitado anteriormente, os Tribunais, assim como a Lei de Registros Públicos, em seu artigo 58 "o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios", tem permitido a mudança na questão do prenome, e em alguns casos do sexo, no caso de transexuais que entram com ações judiciais após a cirurgia de redesignação sexual.

Diante da falta de regulamentação e das dificuldades (principalmente financeiras) de postular diante do Judiciário, o Brasil buscou por uma "solução" mais rápida e criou o nome social para os transexuais.

> O Brasil é o único país do mundo onde, no vácuo de uma legislação geral, instituições garantem um direito negado globalmente. Aqui transmutamos o respeito à identidade de gênero em "nome social". Universidades, escolas, ministérios e outras esferas do mundo público aprovam regulamentos que garantem às pessoas trans a utilização do "nome social"12. Mudar sem alterar substancialmente nada na vida da população mais excluída da cidadania nacional. (BENTO, p. 178)

Apesar de não resolver o problema da discriminação dos transexuais, o nome social surge para minimizar um pouco os efeitos deste preconceito frequentemente praticado em nossa sociedade. Assim, com base no artigo 1° da Resolução n° 12/2015, que institui o uso do nome social, "deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado" (BRASIL, 2015). Assim, tem-se que o uso do nome social deve ser adotado por escolas, universidades, ministérios e instituições públicas, ou seja, ele só existe em "esferas micro" (BENTO, p. 165). E ainda, para adotá-lo o sujeito não precisa apresentar nenhum tipo de documento ou laudo médico, basta manifestar sua vontade. Importante salientar que, estudantes adolescentes terão sua identidade de gênero reconhecida, independentemente de autorização de seu responsável, conforme artigo 8° da resolução acima mencionada.

Assim também, com base na Resolução deve ser utilizado o campo "nome social" em concursos, inscrições, matrículas e etc. Entretanto, conforme esta resolução não tem força de lei, sendo apenas uma recomendação para que as instituições

de educação adotem práticas que respeitem os direitos de estudantes transexuais. Apesar da luta dos movimentos sociais, desde 2008, para que o uso do nome social se torne realidade, apenas após a edição do Regulamento é que este direito foi colocado à disposição dos transexuais.

Um dos casos pioneiros de uso do nome social foi verificado este ano, no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), trouxe a opção de solicitar o uso do nome social, durante o processo de inscrição.

> A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) abriu na segunda-feira (1) o prazo de inscrições para o XVII Exame de Ordem Unificado, que podem ser feitas no site oab.fgv.br [...] Os examinandos travestis e transexuais poderão solicitar o nome social pelo e-mail examedaorgem@fgv.br até às 23h59 do dia 15 de junho e preencher um requerimento, que deverá ser assinado e encaminhado junto com uma cópia do documento oficial de identidade. (G1, 2015)

Da mesma forma, no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), foi permitido aos transexuais optarem pelo uso do nome social (apesar dessa opção se fazer presente desde a edição de 2014).

> Os candidatos travestis e transexuais, que farão o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), poderão solicitar o uso do nome social até esta sexta-feira (26). De acordo com o edital, os interessados devem acessar a página do exame e enviar os documentos requeridos para comprovar a «condição que motiva a solicitação do atendimento». As provas ocorrerão em 24 e 25 de outubro. (G1, 2015)

Ainda sobre o uso do nome social no Enem, tem-se que

> o número de candidatos e candidatas transexuais e travestis que poderão usar seu nome social, e não o civil, durante as provas do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) 2015 cresceu 172% em um ano. Segundo dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), o número subiu de 102, na edição de 2014, para 278 (G1, 2015).

De outro lado, outra novidade trazida pela Resolução n° 12/2015, é que banheiros, vestiários ou quaisquer outros locais que sejam separados por gênero, devem ser garantidos aos sujeitos conforme sua identidade de gênero. E a mesma coisa deve ocorrer com o uso de uniformes ou outros elementos da indumentária, permitindo-se assim, que cada sujeito faça sua escolha conforme seu gênero, conforme artigos 6° e 7° da Resolução.

Ademais, no direito de família a adequação do sexo também possui diversos reflexos. Entre eles, há de se destacar a questão do matrimônio. De modo que, "a partir do momento em que o direito admite a adequação do sexo deve ser coerente e reconhecer ao transexual o direito a contrair matrimônio. A adequação do sexo dá ao transexual os direitos do seu novo sexo". (VIEIRA, 2000, p. 100) Entretanto, este reconhecimento só pode ser concedido transexual solteiro, divorciado ou viúvo, e que o casamento está "na dependência direta da troca de registro civil que, por sua vez, só poderá ser feita se houver cirurgia. Assim, só tem direito a casar o transexual que for operado". (ZAMBRANO, 2003, p. 87) Também, há de se destacar que a sentença que permite a alteração possui efeitos *ex tunc*, ou seja, só produz efeitos a partir do momento em que foi prolatada, assim, o transexual não será isento prestar alimentos, nem ao cônjuge, nem aos filhos. Quanto a questão da filiação,

é permitido aos transexuais à adoção de crianças, pois estes são totalmente aptos a educar e instruir uma criança.

Ao passo que, quanto a responsabilidade civil do médico, o Código Civil, no artigo 1.545 prevê que "Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento". (CC, 2002)

"A Lei Magna se propõe a assegurar a liberdade individual no campo da política, da moral, da religião, do trabalho, da propriedade, da intimidade do lar e, acima de tudo, a vida. E isto o faz e m razão de princípios basilares aceitos universalmente" (KLABIN, 1995, p. 234). Assim, quanto à questão constitucional, algumas questões interessantes merecem ênfase, como o direito à imagem, a intimidade, a honra e a liberdade.

Nas palavras de F. Santos (1999, p. 181), o direito à imagem do transexual

> estende-se da vida intra-uterina até eventual aparência resultante de mudança de sexo. A razão é a mesma que protege a aparência após uma cirurgia estética. A pessoa continua sendo a mesma por mais que a pessoa possa ser paradoxal o reenvio de imagens pertinentes a sexos opostos ao mesmo titular. O novo perfil que a pessoa venha adquirir através de cirurgia de mudança de sexo constitui um bem, porque continua sendo "matriz de todas as reproduções que possam dela ser feitas". Ninguém é dono da aparência alheia, senão o próprio sujeito.

Ainda, quanto ao direito à privacidade, F. Santos (1999, p. 182), nos explica que

> A vida privada é a razão de ser do homem. Negar--lhe a possibilidade de uma vida pessoal, recusando-lhe o segredo desta, é negá-lo por inteiro, uma vez que o indivíduo, prolongamento social da pessoa, não é senão seu complemento. A identidade cromossômica do transexual é o atributo que este indivíduo quer isolar do convívio da coletividade, pois o homem é um animal social e também, simultaneamente, um animal reservado.

Por fim, o direito à honra, conforme F. Santos (1999, p, 183),

> A honra significa o valor íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, enfim o sentimento da própria dignidade social. Assim, a tutela da honra no ordenamento jurídico corresponde [...] a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentido da própria pessoa. A honra do transexual é violada pela rejeição e pela estigmatização de uma sexualidade de que não se julga merecedor [...]

Mas, conforme diz Klabin (1995, p. 234), a Constituição Federal de 1988

> Não estipula especificamente sobre a liberdade do homem de dispor de seu próprio corpo. Mas infere-se que, sendo a incolumidade do corpo de cada indivíduo de suma importância para ele próprio, a merecer tutela especial do Estado, não tem o indivíduo, dentro do atual ordenamento jurídico, a liberdade de dispor do próprio corpo.

No mesmo sentido, tem-se que no direito do trabalho, de modo que a operação de adequação sexual "cria para o transexual graves problemas no relacionamento social, entre os quais aqueles que dizem respeito ao trabalho. Não pode registrar-se para trabalhar nem como homem, nem como mulher, em razão de sua condição" (KLABIN, 1995, p. 228). Entretanto, isso não deveria ocorrer, pois a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 5°, define que "a todo trabalho, de igual valor, corresponderá salário igual, sem distinção de sexo" (CLT, 1943), assim também o artigo 146 da CLT, "sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade". (CLT, 1943)

Ao passo que no direito da seguridade social a cirurgia de redesignação sexual também interfere em diversos institutos. O primeiro direito a ser alterado é a questão da aposentadoria, pois como hoje os prazos são diferentes para homens e mulheres após a mudança de sexo "o homem ou a mulher passarão para outro regime previdenciário [...] por procedimento reservado, em segredo de justiça, o juiz deve proceder à proporcionalidade do tempo de serviço do transexual operado, até o momento, passando a contá-lo no novo regime" (ARAÚJO, L., 2000, ps. 141 e 142). Quanto aos auxílios médicos e sociais, os transexuais têm direito a todos os auxílios previdenciários, desde que preencham os requisitos necessários.

Ademais, no direito penal e processual penal, várias são as questões a se discutir. A primeira implicação diz respeito a licitude da cirurgia de redesignação sexual. Sobre esta, (VIEIRA, 2000, p. 95), entende "não ser criminosa a cirurgia porque não há dolo por parte do médico, não há intenção de mutilar, mas de curar, ou pelo menos amenizar o problema deste indivíduo. Este, por sua vez, fornece o consentimento esclarecido".

Não há tipicidade, portanto, não há crime, pois o médico atua no exercício regular do direito, conforme artigo 23, III, do Código Penal, “Não há crime quando o agente pratica o fato: III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. (CP, 1940) Até porque, se trata de uma cirurgia ética, pois está autorizada pelo Conselho Federal de Medicina, sendo regulada na Resolução n. 1.955/10, artigo 1°.

Para concluir a questão sobre o papel dos direitos humanos, temos que analisar como se dá a adequação dos transexuais em relação aos aspectos sociais, já que a sociedade é responsável por impor papéis e expectativas de comportamento aos sujeitos. Porém, quando estes não são cumpridos, ou seja, quando os sujeitos não se enquadram nos padrões estabelecidos pela sociedade, acabam sendo vítimas de diversas sanções. E é justamente o que vem ocorrendo com os transexuais, que não aceitam o gênero no qual estão inseridos e buscam uma adequação as suas reais necessidades. Diante disso, são vítimas, principalmente, de sanções morais as quais são impostas por indivíduos ou grupos “[...] enquanto a sanção aplicada pela consciência é de natureza psicológica, geralmente consistindo na privação da liberdade interna, que é produzida por sentimentos de culpa ou de desmerecimento” (SANTOS, F., 1999, p. 180). Estas sanções nos mostram que nossa sociedade é completamente intolerante.

De modo que o exemplo mais notório dessa intolerância, e de indignação social diante dos diferentes, é a repercussão polêmica que ocorreu após a transexual Viviany Beleboni atuar de forma a representar Jesus crucificado durante a 19ª Parada do Orgulho LGBT em 07 de junho de 2015, em São Paulo. Ela só queria protestar contra a homofobia sofrida diariamente pelos transexuais, mas a grande maioria sequer prestou na mensagem que ela tentava trazer. Como ela mes-

ma nos diz, “usei as marcas de Jesus, humilhado, agredido e morto. Justamente o que tem acontecido com muita gente no meio GLS” (BELEBONI, apud DANTAS, 2015).

Nessa perspectiva, também não pode-se deixar de lado um setor da sociedade que muito dificulta as discussões acerca da diversidade de gênero que é o da religião, onde debater sobre o transexualismo ainda é um tabu. Entretanto, alguns avanços já começam a ser verificados. Passe-se aos exemplos. “Em janeiro deste ano, Francisco recebeu no Vaticano transexual Diego Neria Lejarraga, de 48 anos, junto com sua namorada.” (PORTAL FÓRUM, 2015) Outro é o fato de o Papa Francisco ter recebido, pela primeira vez, um grupo de 49 LGBTs – vindos dos EUA e acompanhados pela irmã Jeanine Gramick –, na audiência semanal do Vaticano. Assim, tem-se que “num simples ato de receber um grupo de [...] gays e lésbicas no Vaticano [...] conduziu a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros – LGBT para além do penhasco histórico que os separa da Igreja”. (JUNGES, SANTOS, 2015, p. 66)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, tem-se que os transexuais diariamente são vítimas de diversos tipos de preconceitos em razão de não se adequarem ao gênero que lhes foi imposto quando de seu nascimento, pois este não corresponde as suas reais necessidades. De modo que, vive-se hoje em uma sociedade que fecha os olhos para a realidade e que repudia o que ofende seus padrões de normalidade.

Diante disso, busca-se uma solução efetiva para estes tensionamentos de gênero nos direitos humanos, os quais são responsáveis por realizar a integração efetiva dos transexuais nos aspectos físico, psíquico, jurídico e social. Assim, conclui-se que para que esta integração se de forma realmente eficiente é

preciso que os diversos setores da sociedade atuem de forma conjunta, respeitando e proporcionando aos transexuais o direito a escolha de pertencer ao gênero que tanto desejam.

Por conseguinte, conclui-se que os direitos humanos desempenham um papel muito importante na integração dos transexuais, viabilizando uma oportunidade para estes se sentirem iguais, tendo em vista que em nosso Estado de Direito prezamos por um tratamento isonômico para todos os seres humanos, independentemente de qualquer consideração de gênero e que nossa Carta Magna coloca a dignidade da pessoa humana como um preceito a ser seguido em toda e qualquer relação, pois esta é uma condição intrínseca inerente a qualquer sujeito de direito.

REFERÊNCIAS

ARAN, Márcia. **A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero.** Rio de Janeiro: Agora, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 30 Mar. 2015.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **Revista Contemporânea,** São Paulo, v. 4, n. 1, p. 165-182, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197>. Acesso em: 27 Out. 2015.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. DECRETO-LEI N.º 5.452/1943. Brasília: Diário Oficial da União, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 Out. 2015.

______. **Resolução n° 12/2015.** CNDC/LGBT. Brasília: SHD, 2015. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cncd-lgbt/resolucoes/resolucao-012>. Acesso em: 27 Out. 2015.

______, Judith. Foucault, Herculine e a política da descontinuidade sexual. **Civilização Brasileira:** Rio de Janeiro, 2003, ps. 140-155. Disponível em: <http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/art08.pdf>. Acesso em: 13 Out. 2015.

CRUZ, Rodrigo Chandohá. **O reconhecimento do transexual pelo ordenamento jurídico brasileiro.** Monografia (Graduação) – UNIVALI, Graduação em Direito, 2009. Orientador: Professora MSc. Andrietta Kretz Viviani. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Rodrigo%20Chandoha%20da%20Cruz.pdf>. Acesso em: 30 Mar. de 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n° 1482/97.** Brasília: Diário Oficial da União 1997.

______ **Resolução n° 1652/2002.** Brasília: Diário Oficial da União 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 15 Out. 2015.

______ **Resolução n° 1.955/10.** Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 15 Out. 2015.

G1. **Enem 2015: transexuais podem pedir para usar nome social até esta sexta.** São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/enem/2015/noticia/2015/06/enem-2015-transexuais-podem-pedir-para-usar-nome-social-ate-esta-sexta.html>. Acesso em: 27 Out. 2015.

G1. **Inscrição para Exame da OAB vai aceitar nome social e véu islâmico.** São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/oab/noticia/2015/06/inscricao-para-exame-da-oab-vai-aceitar-nome-social-e-veu-muculmano.html>. Acesso em: 27 Out. 2015.

G1. **Nº de transexuais que usarão nome social no Enem cresce 172%, diz Inep. São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/enem/2015/noticia/2015/10/n-de-transexuais-que-usarao-nome-social-no-enem-cresce-172-diz-inep.html>. Acesso em: 27** Out 2015.

HOGEMANN, Edna Raquel; CARVALHO, Marcelle Saraiva de. **O biodireito de mudar:** transexualismo e o direito ao verdadeiro eu. Âmbito Jurídico, 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9668>. Acesso em: 30 Mar. 2015.

JUNGUES, Márcia; SANTOS, João Vitor. LGBT. Esperança de mudança na acolhida e no ensino da Igreja. **IHU**, São Leopoldo, n. 463, v. 1, p. 66-70, abr. 2015.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. Aspectos Jurídicos do Transexualismo. **RFDUSP,** São Paulo, p. 197-241, 1995. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Fj4O2IcUaf0J:www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67295/69905+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 Out. 2015.

PORTAL BRASIL. **Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008.** Brasília: Portal Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-

-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>. Acesso em: 27 Out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação n° 70056132376**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luis Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=transexuais+dignidade+pessoa+humana&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70056132376&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 06 Nov. 2015.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. Transexualismo**. Revista Do Caap,** Minas Gerais, v. 4, n. 7, 1999, ps. 163-199. Disponível em: <http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/view/165/16>. Acesso em: 25 Out. 2015.

SCHEIBE, Elisa. **Direitos da personalidade e transexualidade:** a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação (Mestrado), UNISINOS, 2008. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ElisaScheibeDireito.pdf> Acesso em: 30 Mar. 2015.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS: TUTELA JURÍDICA AO DIREITO À IDENTIDADE. **Cesumar.** Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>. Acesso em: 14 Out. 2015.

VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 65-93, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100005>. Acesso em: 30 Mar. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia – Teoria e Prática**: São Paulo, v. 2, n. 2, 2000, p. 88-102. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>. Acesso em: 09 Mar. 2015.

ZAMBRANO; E. **Trocando os Documentos:** um Estudo Antropológico sobre a Cirurgia de Troca de Sexo. Dissertação (mestrado). UFRGS, 2003. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3693/000403116.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 Mar. 2015.

AVALIAÇÃO MORFOLÓGICA DAS INTERAÇÕES FÚNGICO-BACTERIANAS DE CANDIDA ALBICANS, YARROWIA LIPOLYTICA E STAPHYLOCOCCUS AUREUS E SEU IMPACTO COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

Larissa Petroni

INTRODUÇÃO

A resistência bacteriana é um problema mundial que representa ameaça à humanidade, e como consequência, é um grave transtorno de saúde pública (SANTOS, 2004). Antimicrobianos para o tratamento de infecções simples estão se tornando ineficientes, o que contribui para a administração de fármacos cada vez mais potentes (RAPINI *et al*, 2004).

S. aureus é uma bactéria resistente a antibióticos como meticilina, vancomicina e oxicilina e, por esta razão, o tratamento de suas infecções oneram o Sistema Único de Saúde, além de apresentar alto índice de morbidade e mortalidade nos casos de infecções hospitalares (ROCHA et al, 2011). *C. albicans*é um fungo comensal dimorfico responsável pela

quarta principal causa de mortalidade em infecções hospitalares. Estudos revelam que 20% das infecções na corrente sanguínea são associadas à *S. aureus* (PETERS, 2012).

As interações *C. albicans* - bactérias podem aumentar a virulência e resistência bacteriana a antibióticos. Infecções urinárias por *E. coli*, tiveram associação comprovada de *C. albicans* mostrando um aumento da invasão desta bactéria na bexiga, o que contribui para o aumento da ocorrência destas infecções (SHIRTLIFF; PETERS; RIZK, 2009).

Estudos *in vitro* são necessários para entender como as interações fúngicos-bacterianas podem impactar na saúde humana (WARGO; HOGAN, 2006). Portanto, este projeto buscou avaliar *in vitro* as seguintes interações fúngico bacterianas: *Candida albicans/Staphylococcus aureus*; *Yarrowia lipolytica/Staphylococcus aureus*, com o intuito de observar alterações morfológicas relevantes que podem levar ao aumento da virulência ou patogenicidade de *C. albicans* e *S. aureus*, e, além disso, mostrar como o Estado possui responsabilidade sobre estas interações que podem levar a óbito.

1. INFECÇÕES HOSPITALARES COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

Sabe-se que a saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 e responsabilidade do Estado. É possível afirmar que a Infecção Hospitalar (IH) é oriunda de complicações ligadas à assistência a saúde, uma vez que é definida pela Portaria MS n° 2616 de 12/05/1998 como “aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares” (OLIVEIRA; MARUYAMA, 2007).

A infecção hospitalar acomete tanto países desenvolvidos como países em desenvolvimento e institui a principal causa morbidade e mortalidade hospitalar gerando danos aos usuários, à comunidade e ao Estado. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) tem desenvolvido treinamentos dos profissionais de saúde, vigilâncias estaduais e pesquisas que possam investigar surtos nos serviços de saúde (ANVISA, 2004).

As práticas sanitárias mostram a necessidade da realização de medidas com impacto no funcionamento dos serviços hospitalares, focados na institucionalização de práticas de controle de infecção, que, muitas vezes, não tem o respaldo administrativo para a sua devida operacionalização (ANDRADE; ANGERAMI, 1999).

Desta maneira, a problemática das infecções hospitalares também requer mudanças a nível governamental, como a criação de uma política para o controle de infecção de maior efetividade (OLIVERA; MARUYAMA, 2007), sendo esta responsabilidade civil do Estado face às ações de vigilância sanitária em serviços de saúde (FERREIRA, 2005).

Lei n. 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde organiza o SUS e inaugura condição jurídico-formal para a Vigilância Sanitária, em seu § 1º do art. 6º, ao defini-la como:

Conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e da circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

Essa definição revela a grandeza das ações de Vigilância Sanitária e a sua missão de interferir na reprodução das condições econômico-sociais, ambientais e de vida, devendo respeitar os princípios do SUS no que tange ao atendimento integral, priorizando atividades preventivas sem causar dano aos serviços assistenciais. As ações de Vigilância Sanitária se traduzem tanto em uma ação de saúde quanto como um instrumento de organização econômica da sociedade, entretanto, a própria experiência histórica revela que o mercado é incapaz de se autorregular para garantir interesses sanitários coletivos em função do modo de produção centrado na forma de mercadoria, que consequentemente, subtrai os direitos fundamentais e à vida (FERREIRA, 2005).

Corrigir impropriedades técnicas em estabelecimentos que integram o sistema público de saúde que assiste a população no geral é considerada tarefa difícil, uma vez que a operação das políticas públicas de saúde, também destina-se em manter de forma coesa as bases de sustentação social das forças de políticas dirigentes (MARQUES et al, 2002).

1.1 INTERAÇÕES FÚNGICO-BACTERIANAS

Na natureza os microrganismos também podem viver em comunidades polimicrobianas complexas. Essas comunidades situam-se em locais no corpo humano como o trato intestinal, cavidade bucal ou pele. Estas interações não possuem mecanismos bem elucidados, contudo, existe uma hipótese de que as células tem a necessidade de se aproximar uma das outras mediada pela força de atração entre as células (PETERS, 2012).

As interações entre *C. albicans* e bactérias podem variar de antagonismo simples a parasitismo. Estas interações polimicrobianas podem impactar fortemente em seus estados virulentos e avirulentos, podendo ainda modular a ação de

antibióticos ou afetar a atividade antifúngica em função do seu contato com bactérias (SHIRTLIFF; PETERS; RIZK, 2009).

Os microrganismos antagônicos podem ser fungos ou bactérias. São assim classificados, pois quando afastados das suas condições ótimas reduzem ou perdem sua capacidade patogênica. O parasitismo pode ser um mecanismo de antagonismo, uma vez que parasitas vivem à custa do hospedeiro. *P. aeruginosa* é um exemplo de bactéria antagonista, pois compete por nutrientes ou estimula a resistência no hospedeiro (JÚNIOR; SANTOS; AUER, 2000).

Quando *C. albicans* e bactérias invadem simultaneamente os tecidos, esta levedura pode ter sua aderência reduzida, pois, os dois microrganismos podem competir entre si. Todavia, evidências indicam que bactérias podem aumentar a patogênese de *C. albicans*, pois estudos *in vitro* utilizando *Escherichia coli* mostraram que esta bactéria pode aumentar ainda mais a adesão do fungo na parede da bexiga e consequentemente aumentar a probabilidade de infecções urinárias (SHIRTLIFF; PETERS; RIZK, 2009).

Pate e colaboradores (2006) realizaram um estudo que consistiu basicamente em observar a propensão de ceratomicose ocular em paralelo à infecções bacterianas. Os autores concluíram que 20% dos casos de ceratomicose ocular eram oriundos de infecções polimicrobianas, indicando alto risco de co-infecção.

Apesar das interações - fúngico bacterianas ainda não terem seus mecanismos claramente elucidados (PETERS, 2012), analisa-las *in vitro* pode demonstrar relevância clínica, uma vez que *C. albicans* pode aumentar a permeabilidade de patógenos clínicos relevantes como *S. aureus* no organismo humano.

1.2 *STAPHYLOCOCCUS AUREUS*:

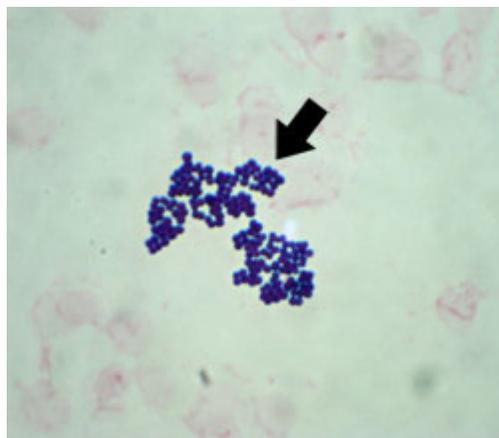
Staphylococcus aureus é uma bactéria responsável por diversas infecções em pacientes com diferentes faixas etárias,

contudo apresentam pior prognóstico os pacientes acima dos 50 anos de idade, sendo esta bactéria responsável pela maior morbidade e mortalidade no âmbito das infecções hospitalares. Na década de 60 foram descritas as primeiras cepas de *S. aureus* com resistência à oxaciclina e logo em seguida na década de 70 foram descritos os primeiros surtos que se propagaram em 1975 nos Estados Unidos, aumentando desde então a taxa de infecção hospitalar (MOREIRA, 1998).

Este microrganismo comumente encontrado na microbiota normal pode causar desde infecções simples como espinhas e celulites até infecções graves como, por exemplo, pneumonia, meningite, endocardite e septicemia. É comum a colonização em pacientes em Unidades de Terapias Intensivas (UTIs), além de ser um fator de risco para pacientes que fazem diálise, queimados, diabéticos e HIV – positivos, em função de sua capacidade em desencadear infecções cutâneas crônicas e sistêmicas (SANTOS *et al.*, 2007).

S. aureus desenvolveu vários mecanismos de virulência e estratégias para resistir ao sistema imunológico, como uma série de proteínas de superfície, toxinas e segregados de enzimas capazes de danificar a membrana por ação citolítica (LIMA *et al.*, 2015).

Estas infecções estão relacionadas à Assistência a Saúde (IRAS) e, representam um grande problema de saúde pública, uma vez que envolvem elevada mortalidade e morbidade, principalmente nas unidades de terapia intensiva (UTI) (RENNER; CARVALHO, 2013).

Figura 4: Coloração de Gram *S. aureus*.

Fonte: ANVISA < http://www.anvisa.gov.br/servicosaude/controle/rede_rm/cursos/rm_ controle/opas_web/modulo3/mec_permeabilidade.htm > Acessado em: 12/10/2015 às 12:05.

Com a ampliação e utilização dos antibióticos houve o desenvolvimento do fenômeno da resistência bacteriana que desencadeou grande impacto na saúde (RAPINI et al, 2004). Atualmente, este fenômeno representa um problema de saúde pública a nível mundial que requer iniciativas e estratégias de controle epidemiológico (ROCHA et al, 2011).

O Centro de Controle de Prevenção de Doenças define que microrganismos resistentes são aqueles que resistem a uma ou mais classes de antimicrobianos. *Staphylococcus aureus*, por exemplo, é resistente à penicilina, bem como a meticilina (MRSA), vancomicina (ROCHA et al, 2011).

Com o aumento das infecções hospitalares (IH) por MRSA, houve certa ampliação no uso da vancomicina, que até então era utilizada como fármaco de escolha para o tratamento de cepas MRSA. Este medicamento foi difundido em 1980 e em

1997 houve a primeira cepa resistente à vancomicina (VRSA) no Japão e, em 2000 no Brasil, em função do gene *VanA*, possivelmente adquirido de uma cepa de *Enterococcus* resistente à vancomicina (LIMA et al*, 2015)*.

Hospitais, e em especial os que possuem unidade de terapia intensiva (UTI), unidades de pediatria, centro cirúrgico, clínica médica e cirúrgica, onde pacientes são tratados com antibióticos, representam um "habitat" que alojam bactérias que podem tornar-se resistentes às drogas. Como consequência, infecções causadas por bactérias patogênicas como *S. aureus*, não podem ser curadas facilmente com as drogas antimicrobianas existentes (SANTOS, 2004).

2.3 YARROWIA LIPOLYTICA

A *Yarrowia lipolytica* é uma levedura aeróbia e dimórfica, ou seja, é capaz de alternar entre as formas morfológicas de células ovais ou hifas. Estas formas variam de acordo com as condições ambientais e alterações nutricionais. (SHIRTLIFF; PETERS; RIZK, 2009).

A transição morfogênica de alguns fungos é relevante uma vez que determina a patogenicidade e virulência dos mesmos podendo afetar a saúde humana. (DUTRA, 2010).

Esta levedura é considerada um modelo adequado para o estudo de dimorfismo, pois é susceptível a manipulação, não é patogênica, seu cultivo tem um baixo custo e apresenta fases morfológicas de fácil distinção (JIMÉNEZ-BREMONT et al, 2001).

2.4 CANDIDA ALBICANS

Este fungo é um diploide polimorfo comumente capaz de causar infecções graves em pacientes imunocomprometidos (ROSSI et al., 2011). Geralmente, coloniza a superfície da mucosa humana (SHIRTLIFF; PETERS; RIZK, 2009).

As leveduras do gênero *Candida* são a maior agente fúngico de infecção hospitalar sendo notificado como o sexto patógeno nosocomial e a 4ª causa mais comum de infecção na corrente sanguínea no ambiente hospitalar (ANVISA, 2015).

C. albicans possui a capacidade de se comportar como um comensal no hospedeiro, ou seja, apenas expressa os genes capazes de codificar os fatores de virulência no momento da infecção (WATANABE, 2008). Pode ainda fazer sua transição de comensal para patogênico, expressando fatores de virulência que como adesinas, alteração dimórfica e produção de enzimas hidrolíticas (ROSSI et. al, 2011).

A forma unicelular desta levedura é comumente encontrada no meio ambiente, podendo durante o brotamento simples formar pseudo-hifas, entretanto quando a mesma se encontra em plena atividade dos seus ciclos biológicos e de sua reprodutividade esta pode expor sua forma filamentosa verdadeira por meio de um fenômeno denominado de pleomorfismo. Este fenômeno se diferencia do dimorfismo, pois independe do fator temperatura. A produção de pseudo-hifas e hifas está associada com a sua patogenicidade e a virulência (DA MOTA; DA NÓBREGA, 2012).

As infecções causadas por *C. albicans* são conhecidas como oportunistas, pois ocorrem em função da quebra do equilíbrio do sistema imunológico do hospedeiro (DA MOTA; DA NOBREGA, 2012). Atualmente, se discute que a forma de levedura é facilmente encontrada em infecções superficiais, disseminação e colonização, enquanto que as hifas verdadeiras são críticas para invasão tecidual e infecções mais graves. Contudo, este microrganismo apresenta outras formas morfológicas representadas na figura abaixo (RIZZETO; WEIL; CAVALIERI, 2015).

CONCLUSÃO

Na avaliação das interações fungo/bactéria, todas as placas macroscopicamente alteraram sua morfologia, eviden-

ciando formação de hifas que facilitam invasão tecidual humana em infecções mais graves.

A partir do resultado obtido no presente estudo, é possível concluir que a interação entre estes microrganismos pode aumentar a incidência de morbimortalidade de infecções por *S. aureus* em hospitais, reafirmando este problema de saúde pública onde o Estado se torna responsável em garantir melhoria dos processos de Assistência à Saúde em hospitais e dar suporte as pesquisas científicas da área, uma vez que esta é necessária para garantir o direito fundamental da saúde para população.

REFERÊNCIAS

Andrade D, Angerami ELS. Reflexões acerca das Infecções Hospitalares às portas do Terceiro Milênio. Medicina. 1999;32:492-7. Acessado em: < http://revista.fmrp.usp.br/1999/vol32n4/reflexoes_acerca_infeccoes_hospitalares.pdf >

Anvisa intensifica controle de infecção em serviços de saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 38, n. 3, p. 475-478, June 2004. Acessado em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102004000300022 >

ANVISA: Resistência Microbiana – Mecanismos e Impacto Clínico. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/servicosaude/controle/rede_rm/cursos/rm_controle/opas_web/modulo3/mec_permeabilidade.htm > Acessado em: 12/10/2015

DA MOTA, A.J.; DA NÓBREGA, F.G.: Indução de PLEOMORFISMO de Candida albicans POR SORO FETAL BOVINO. **IX Encontro Latino Americano de Iniciação Científica**, p. 167. 2012. Disponível em: < http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2005/inic/IC2%20anais/IC2-21.pdf > Acessado em: 11/09/2015.

DUTRA, K. dos R.: **TRANSIÇÃO DIMÓRFICA Yarrowia AÇÃO DA AUXINA E ÓXIDO NÍTRICO**, *2010.* 67 f. Dissertação (Mestrado em Biociências e Biotecnologia) – Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. p. 1-2-3-4.

FERREIRA, Patrícia. Responsabilidade civil do estado face às ações de vigilância sanitária Em serviços de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 6, n. 1-3, p. 78-98, oct. 2005. ISSN 2316-9044. Acessado em: < http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80817/84464 >

JIMÉNEZ-BREMONT, J.F., RUIZ-HERRERA, J. e DOMINGUEZ, A. (2001). Disruption of gene YlODC reveals absolute requirement of polyamines for mycelial development in *Yarrowia lipolytica*. **FEMS Yeast Research**, v.1, p.195-204.

JÚNIOR, A.G.; SANTOS, A.F; AUER, C.G.: Perspectivas do uso do controle biológico contra doenças florestais. **Revista Floresta**, v.30, n.12, p. 157-158. 2000

LIMA, M.F.P *et al.*: Staphylococcus aureus E AS INFECÇÕES HOSPITALARES – REVISÃO DE LITERATURA**. Revista UNINGÁ Review**, v.21, n.1, p.32-33-34-35. 2015.

MARQUES M.C.; CARVALHO M.L; PEREIRA S.D.: Casos e fatos da vigilância sanitária sobre a saúde da sociedade. São Paulo, **Sobravime**, p21-71. 2002. Acessado em: < http://pesquisa.bvs.br/ripsa/resource/pt/lil-332850 >

MOREIRA, M.; MEDEIROS, E.A.S.; CARDO, D.M.: Efeito da infecção hospitalar da corrente sanguínea por *Staphylococcus aureus* resistente sobre a letalidade e o tempo de hospitalização. **Ass Med Brasil**, p.263-264, 1998

Oliveira R, Maruyama SAT. Controle de infecção hospitalar: histórico e papel do estado. Rev. Eletr. Enf. [Internet].

2008;10(3):775-83. Acessado em: < https://www.fen.ufg.br/fen_revista/v10/n3/v10n3a23.htm>

PETERS B.M., OVCHINNIKICA ES, KROM BP, et al.: *Staphylococcus aureus* adherence to *Candida albicans* hyphae is mediated by the hyphal adhesin Als3p. Palmer R, ed. *Microbiology*. 2012. Acessado em: < https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4083660/ >

RAPINI, L.S. et al.: Perfil de resistência antimicrobiana de cepas *Staphylococcus* sp. isoladas de queijo tipo coalho**.** **Arq. Bras, Med. Vet. Zootec**, v.56, n.1, p. 130-131. 2004.

RENNER, J.D.P.; CARVALHO, E.D.: Microrganismos isolados de superfícies da UTI adulta em um hospital do Vale do Rio Pardo – RS. *Revista de* **Epidemiologia e Controle de Infecção**, v.3, n.2, p. 40, 41. 2013.

RIZZETO, L.; WEIL, T.; CAVALIERI, D.: Systems Level Dissection of *Candida* Recognition by Dectins: A Matter of Fungal Morphology and Site of Infection. **Journal pathogens**, n.4, v.3, p. 640-641-644-650. 2015.

ROCHA, D.P. et al: Coordenação de metais a antibióticos como uma estratégia de combate à resistência bacteriana. **Quim. Nova**, v.34, n.1, p. 111-117. 2011.

ROSSI C.C., WATER J.V., ROGERS S.J., AMARAL D.G.: Brain Behav Immun. 2011 Aug. Acessado em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21420487>

SANTOS, A.L. *et al*.: *Staphylococcus aureus:* visitando uma cepa de importância hospitalar. **J Bras Patol Med Lab.**, *v*.3, n.6, p.416-417-418-419-420. 2007.

SHIRTLIFF M. E., PETERS B.M., RIZK M.A.J. FEMS Microbiol Lett. Author manuscript; 299(1): 1–8. Published online

2009 Jun 3. Acessado em: < https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19552706 >

SOUZA, A.Q.L. et al.: Atividade Antimicrobiana de fungos endofíticos isolado de plantas tóxicas da Amazônia: *Palicourea longiflora* (aubl.) rich e *Strychnos cogens* bentham. **ACTA AMAZONICA**, v. 34, p. 186. 2004.

WARGO, M.J.; HOGAN, D.A.: Fungal-bacterial interactions: a mixed bag of mingling microbes. **Pubmed**, v.9,n.4, p.359, 2006.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EQUACIONADA PELA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Manuel Maria Antunes de Melo

INTRODUÇÃO

Para responder ao questionamento, se a execução provisória da pena é compatível com a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal), fez-se uma pesquisa descritivo-analítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir do Habeas Corpus (HC) nº 84.078-MG, julgado em 05 de fevereiro de 2009 (STF, 2009), mediante uma abordagem sistêmica do texto constitucional, por meio da qual se procurou evitar os paroxismos desencadeados pela interpretação puramente gramatical. Assim, confrontando-se a presunção de inocência com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, procedeu-se à ponderação dos princípios colidentes de acordo com a máxima da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy. (2011).

1. EXPOSIÇÃO DA PROBLEMÁTICA

Nos primeiros vinte anos de vigência da CFB/88, o STF manteve-se coerente com a ideia de que a presunção de inocência não obstava a execução provisória da sentença penal condenatória, reputando-se, àquela época, constitucionais as disposições do art. 637 do Código de Processo Penal (CPP)[71], assim como as do § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/90[72]. Esse entendimento ancorava-se na premissa de que os recursos especial e extraordinário não eram dotados do efeito suspensivo. Assim que, como a decisão soberana sobre a autoria e a materialidade dos fatos imputados ao réu, é dizer, de sua culpabilidade, exauria-se nas instâncias ordinárias, afigurava-se ilógico se estender o preceito da não-culpabilidade a uma etapa procedimental em que aquela (culpabilidade) já não mais estava em jogo, precisamente porque nas instâncias especial (STJ) e extraordinária (STF) são discutidas, exclusivamente, as questões de direito federal e constitucional que transcendam aos interesses subjetivos das partes litigantes[73].

Corroborando este entendimento, o STF editou duas súmulas legitimando a execução provisória da pena, a saber:

> Súmula no 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

71. "Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença". (BRASIL, 1941).

72. "Art. 27 [...] § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo". Esta disposição foi substituída pelo disposto no art. 955 do CPC/15, com a seguinte redação: "Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso".

73. "[...] Tanto é assim que o art. 102, §3º, da Constituição Federal, exige demonstração de repercussão geral das questões constitucionais debatidas no recurso extraordinário. Ou seja, ao recorrente cabe demonstrar que, no julgamento de seu caso concreto, malferiu-se um preceito constitucional e que há, necessariamente, a transcendência e relevância da tese jurídica a ser afirmada pelo Supremo Tribunal Federal". (STF, 2016b).

> Súmula no 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Este panorama perdurou até 05 de fevereiro de 2009, quando a Suprema Corte, num "giro hermenêutico", passou a condicionar a execução das penas privativas de liberdade ao trânsito em julgado da correspondente sentença penal condenatória; isto se deu a partir do acórdão paradigmático relatado pelo Ministro Eros Grau, com a seguinte narrativa:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 3. [...]. (STF – Pleno – HC nº 84.078-MG, j. 05/02/2009, relator

> Ministro Eros Grau, publicação DJE de 26/02/2010). (STF, 2009).

A mudança do paradigma então imperante, obtida pela escassa maioria de 7 x 4 votos, já nasceu impregnada de forte resistência, inclusive no âmbito do próprio STF, onde os ministros dissidentes fizeram questão de deixar consignados pontos de vista diametralmente opostos ao do relator[74]. (PESSOA; CARDOSO, 2009).

A novel orientação prevaleceu até 17 de fevereiro de 2016, quando, igualmente pela escassa maioria de 6 x 5 votos, o STF voltou sobre seus próprios passos para, reinterpretando a presunção de inocência, agora mediante uma abordagem sistêmica do texto constitucional, assentar a constitucionalidade da execução provisória da pena confirmada em 2º grau de jurisdição, conforme se extrai da ementa do acórdão exarado no HC nº 126.292-SP:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF – Pleno - HC nº 126.292-SP, de 17/02/2016, relator Ministro

74. Pontos de vista estes que, poucos anos depois, viriam a prevalecer no âmbito do próprio STF: HC nº 126.292-SP, relator Ministro Teori Zavascki. (STF, 2016a).

> Teori Zavascki, publicação no DJE de 17/05/2016). (STF, 2016a).

O novo-velho entendimento do STF, como era de se esperar, igualmente recebeu críticas e louvores dos mais variados matizes, o que fez com que o tema voltasse à tona na esfera do pedido de Medida Cautelar (MC) nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nºs 43-DF e 44-DF, em cuja sede a Suprema Corte corroborou o entendimento consagrado no HC nº 126.292-SP, ratificando a constitucionalidade da execução provisória da pena. (STF, 2016b).

2. COMPATIBILIDADE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Volvendo às razões do voto do Ministro Eros Grau, relator do Habeas Corpus (HC) nº 84.078-MG, constata-se que ele se ancorou em três premissas fundamentais: i|) que a Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto a Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; ii) que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP; iii) que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. (STF, 2009).

Trata-se aqui, todavia, de uma visão demasiado estreita do texto constitucional; valorando, isoladamente, a presunção de inocência, o voto vencedor desconsiderou outros vetores constitucionais, dentre os quais aquele que garante a

proteção eficiente dos direitos fundamentais: é dizer, de *todos* os direitos fundamentais, e não apenas da presunção de inocência, como pontuado pelo Ministro Edson Fachin:

> Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. (STF, 2016b).

Aliás, não deixa de ser irônico que a concepção estritamente literal do texto constitucional ignorou que a interpretação do direito desenrola-se no domínio de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional, como o próprio Eros Grau preleciona:

> [...] não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. //A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. [...] // A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto linguístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do siste-

> ma, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional. (GRAU, 2016, p. 86).

Todavia, a crítica de fundo que se faz ao voto de Eros Grau tem como ponto fulcral o fato de que o Estado de Direito, ao avocar para si o monopólio da jurisdição, criminalizando a justiça de mãos próprias[75], fez emergir, em contrapartida, um direito fundamental em favor da vítima, do ofendido, enfim, da própria sociedade, que consiste na tutela jurisdicional efetiva, emoldurando um anseio coletivo de equilíbrio e de Justiça, na linha daquilo que Paul Ricoeur coloca como:

> [...] o ato fundamental pelo qual se pode dizer que a justiça é alicerçada numa sociedade é aquele pelo qual o ordenamento jurídico priva os indivíduos do direito e do poder de fazer justiça com as próprias mãos – o ato pelo qual o poder público confisca para si mesmo esse poder de proferir e aplicar o direito. (RICOEUR, 2008a, p. 179).

Esse direito fundamental, que emerge diretamente do art. 5º, inc. XXXV, da CFB/88[76], impede que a aplicação da lei ao caso concreto se torne inexequível, isto é, que ao réu seja assegurado um *status* jurídico de tal envergadura que acabe por esvaziar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva[77],

---

75. "Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa". (BRASIL, 1941).

76. "Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL, 1988).

77. "Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios", caso em que "[...] estar-se-ia a admitir que a Constituição erigiu em caráter absoluto uma presunção de inépcia das instâncias ordinárias". (STF, 2016b).

seja pela ocorrência da prescrição, seja pela procrastinação da execução da pena, ao ponto de torná-la incompatível com os fins que a legitimam.

Neste sentido, Marinoni e Arenhart destacam que o Estado, por sua relevância social e jurídica, tem o poder de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, além de ter o poder-dever de prover tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. (MARIONI; ARENHART, 2008, p. 21).

Esse direito fundamental está especialmente interconectado com a ideia de que a Constituição Federal traz em seu âmago a exigência de *proteção eficiente* aos direitos fundamentais, razão pela qual o Estado procura tutelar os direitos fundamentais também pela via do direito penal, pois:

> A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (RE 418.376-5-MS, relator p/acordão: Ministro Joaquim Barbosa, julgamento: 05/02/2006, DJe: 23.03.2007). (STF, 2016b).

Assim, a busca pela racionalidade do sistema penal passa, necessariamente, pela compreensão dos direitos humanos também sob a perspectiva do princípio que veda a proteção deficiente, em razão do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), desde o julgamento do caso *Velásquez Rodriguez versus Honduras*, assentou que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência. (STF, 2016b).

Portanto, a despeito de sua grande relevância como conquista civilizatória da humanidade, a presunção de inocência não pode, em absoluto, conduzir ao esvaziamento da jurisdição, tornando-a letra morta; ao revés, sua aplicação deve ser compatibilizada com o direito fundamental à jurisdição efetiva, segundo a máxima da proporcionalidade desenvolvida por Robert Alexy[78]: submetendo-se à máxima da ponderação, a presunção de inocência terá primazia apenas enquanto a culpabilidade do réu não estiver sendo discutida, vale dizer, enquanto não houver decisão definitiva sobre a autoria e a materialidade dos fatos imputados na denúncia, pois, como bem colocado por Eduardo Espínola Filho:

> [...] a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa. (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 436).

Essa opinião é compartilhada por Gilmar Mendes, para quem:

> [...] é natural a presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (MENDES, 2016).

Em suma, Gilmar Mendes conclui que, embora a presunção de não-culpabilidade encerre um direito fundamental,

78. "A máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais, as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, segue-se logicamente da definição de princípios, e esta se segue daquela. Isso significa, então, que se os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios, a máxima da proporcionalidade vale, e que, se a máxima da proporcionalidade vale na aplicação dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais possuem o caráter de princípios". (ALEXY, 2011, p. 149).

impondo o ônus da prova à acusação e impedindo o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença, este princípio:

> [...] não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. (MENDES, 2016).

De realçar que a ponderação de princípios fundamentais colidentes tem apoio nos estudos desenvolvidos pelo jurista alemão Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais são construídos em princípios, ou seja, como comandos de otimização, e não como regras[79]. Assim, diferentemente das regras, cuja colisão, por sua textura fechada, submete-se às vicissitudes do tudo ou nada, a colisão de princípios fundamentais resolve-se pela ponderação de princípios[80], de acordo com a máxima da proporcionalidade. (ALEXY, 2011).

Assim, como os princípios são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas, estas últimas determinadas, essencialmente, por princípios opostos, parece intuitivo concluir-se que óbice algum ao *jus puniendi* estatal poderá subsistir quando a culpabilidade do réu já não mais estiver em

---

79. "Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de foram definitiva. Neste sentido elas são *comandos definitivos.* A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. *Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas".* (ALEXY, 2011, p. 146 – destaques no original).

80. "[...] Por outro lado, princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, comandados de otimização. Enquanto tais, eles são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas por regras e essencialmente por princípios opostos". (ALEXY, 2011, p. 146).

jogo na arena processual, não obstante a possibilidade de recursos às instâncias especial e extraordinária.

Neste cenário, terá aplicabilidade o princípio de maior peso, sem que isso signifique a invalidação ou a revogação do princípio que cedeu lugar, cuja incidência ficará, momentânea e conjunturalmente, afastada. Não há razão alguma para dar-se, *a priori,* precedência a um determinado princípio em detrimento dos demais, conforme sustentando por Alexy no teorema da colisão de princípios, idealizado a partir da fórmula criada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, sob a compreensão de que:

> [...] também direitos fundamentais garantidos sem reserva podem ser restringidos a favor de direitos fundamentais colidentes de terceiros e de outros valores jurídicos que possuem nível constitucional. (ALEXY, 2011, p. 141).

Portanto, procedendo-se à interpretação da presunção de inocência de forma contextualizada com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao primado da proteção eficiente do direito penal, chega-se à inarredável conclusão de que, em nosso sistema jurídico, a execução da pena poderá ocorrer a partir da decisão confirmatória de 2ª instância, uma vez que, antes desse evento, o *jus puniendi* estatal estará bloqueado pela referida presunção; entretanto, confirmada que seja a culpabilidade do réu, com observância do devido processo legal substancial, a presunção de inocência se inverte e a execução da pena passa a configurar um poder-dever indeclinável da jurisdição[81], sob pena de deslegitimar-se o mono-

81. Uma vez que os direitos fundamentais garantidos sem reserva – como o é, inquestionavelmente, o caso da presunção de inocência - podem ser restringidos a favor de direitos fundamentais colidentes de terceiros e de outros valores jurídicos que possuem nível constitucional. (ALEXY, 2011).

pólio que o Estado detém desta, abrindo-se as trincheiras da indesejável justiça de mãos próprias[82].

CONCLUSÕES

A base argumentativa que sustenta a subsistência da presunção de inocência para além da decisão do 2º grau de jurisdição reside, fundamentalmente, numa interpretação a um só tempo literal e descontextualizada da presunção de inocência.

De fato, ignora-se que o bem jurídico que se visa tutelar é a presunção de não-culpabilidade, o que implica na preservação do estado de inocência apenas e tão-somente enquanto não houver culpa formada[83]. Acontece, porém, que esta discussão encerra-se em 2º grau de jurisdição, com a decisão soberana das instâncias ordinárias relativamente à autoria e à materialidade do(s) fato(s) imputado(s) na denúncia; nada mais coerente do que, uma vez confirmada, em 2º grau, a sentença penal condenatória, a presunção de inocência ceda lugar ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Aliás, se é para interpretar a Constituição Federal de forma literal e descontextualizada, vale frisar que a dicção puramente semântica da presunção de inocência, em momento algum, obsta a prisão do réu, tampouco a execução da pena durante o curso processo; impede-se, apenas, *que se repute, definitivamente, culpado* aquele sobre o qual não pesa decisão transitada em julgado. Mas, frise-se que a execução da pena não tem por pressuposto, necessariamente, uma cul-

82. Em alusão à metáfora do "porrete", lançada no voto do Ministro Eros Grau (STF, 2009), pode-se pensar que a indulgência dos agentes do Estado para com os condenados pela Justiça, para além de constituir grave violação dos direitos humanos das pessoas vitimadas, conduzir-nos-ia a um estado de natureza, onde cada um se sentiria tentado a fazer "justiça" com o seu "porrete", segundo a lei dos mais forte.

83. Com inteira razão, portanto, a Ministra Ellen Gracie, ao afirmar que "o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova. O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo que seja réu confesso de delito praticado perante as câmeras de TV e presenciado por todo o país". (STF, 2009).

pa definitiva, satisfazendo-se, perfeitamente – no Brasil e em todo o resto do mundo dito civilizado - com a culpa provisória, isto é, aquela ainda pendente de eventual revisão.

Até porque, condicionar-se a execução da pena a uma culpa definitiva, implica, em última instância, inviabilizar o *jus puniendi* do Estado, já que mesmo a decisão transitada em julgado pode ser sempre objeto de revisão criminal (art. 622 do CPP)[84], de forma que a possibilidade de erro judiciário não desaparece com o mero trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, Teori Zavascki lembra que o conceito de coisa julgada, em processo penal, não está, necessariamente, relacionado ao julgamento de todos os recursos e à absoluta preclusão de todas as questões debatidas no processo, isto porque:

> [...] em matéria penal, a jurisprudência do STF confere acentuada mobilidade ao momento da formação do trânsito em julgado, que fica, em determinados casos, condicionado a uma variável fictícia, reflexo da interpretação pretoriana na busca de solução que melhor se coaduna com a preservação da higidez processual em face da prescrição da pretensão punitiva. (STF, 2016c).

Esse entendimento, ademais, parece coadunar-se com o que ocorre no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), em cujos domínios, desde o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[85], passando pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos[86], pela Conven-

---

84. "Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após". (BRASIL, 1941).

85. "Art. 14 [...].Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". (ONU, 1966).

86. "Art. 8º, item 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa". (OEA, 1969).

ção Europeia dos Direitos do Homem[87] até a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos[88], não se exige o trânsito em julgado como condição para a execução da pena, mas apenas a *comprovação da culpa,* o que, no ordenamento jurídico brasileiro, se verifica na decisão de 2º grau, soberana na apreciação dos fatos e das provas, como destacado no voto do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

> [...] o recurso extraordinário como nós bem sabemos, não se destina a investigar o acerto ou desacerto da decisão, nem a reestudar os fatos, nem a reapreciar a prova. Ele se destina a discutir tão somente alguma questão de direito, de direito constitucional quando seja perante o Supremo, e de direito infraconstitucional quando seja perante o Superior Tribunal de Justiça. Mas a materialidade e a autoria já foram demonstradas no primeiro e no segundo grau. (STF, 2016a).

Não se olvida, entrementes, que um percentual mínimo de recursos pode vir a ser provido na esfera dos recursos especial e extraordinário, ensejando a absolvição do réu em face de circunstâncias excepcionais, tais como: o reconhecimento da atipicidade da conduta imputada, a inconstitucionalidade da lei penal incriminadora, etc. (CANÁRIO, 2016). Essa circunstância, no entanto, não tem o condão de proscrever o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Antes, é um preço a se pagar em nome da segurança jurídica que se alcança com a harmonização de princípios constitucionais colidentes; não se

---

87. "Art. 6º, item 2- Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada". (CE, 1950).

88. "Art. 7º. 1.Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] 2. O direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente". (CADHP, 1981).

pode, sem graves consequências jurídicas e sociais, privilegiar, demasiadamente, qualquer um deles, bastando se considerar que, quando a presunção de inocência é alçada às últimas consequências, fomenta-se um quadro de impunidade cujo produto final é a disseminação da *justiça de mãos próprias*, comprometendo-se, seriamente, o ideal ricoeuriano de se viver bem, para e com os outros, em instituições justas. (RICOEUR, 2008b).

Isto fica evidente quando se observa a situação vivenciada pela Justiça brasileira na última quadra histórica[89], que chegou a ser surreal, para não dizer calamitosa, com crimes bárbaros cuja punição não veio no tempo devido – quando não ficaram impunes pela prescrição - como foi o caso emblemático do Jornalista Pimenta Neves, que assassinou, tragicamente, sua então namorada Sandra Gomides. Depois de 11 anos de idas e vindas, a condenação finalmente transitou em julgado, tendo o réu passado 2 anos e 4 meses em regime fechado, obtendo o regime semiaberto por bom comportamento. (COMPROMISSO E ATITUDE, 2014).

Melhor sorte teve o senhor Fernando Brandini Barbagalo, coincidentemente, réu da ação penal relativa ao HC nº 84.078-MG (STF, 2009), cuja impunidade foi solenemente assegurada pela ocorrência da prescrição da pretensão executória, conforme dados levantados pelo Ministro Teori Zavascki junto ao STJ. (STF, 2016c).

Um outro exemplo, suscitado pelo Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, refere-se a um homicídio cometido no longínquo ano de 1991, que, à mercê de quase duas dezenas de recursos interpostos pelo réu, todos com objetivo indiscutivelmente procrastinatório, não havia sido concluído, embora já passados 25 anos desde a data do crime. (STF, 2016a). Estes e tantos outros exemplos suscita o questionamento, se o Judi-

89. Sob a égide da visão absolutista da presunção de inocência.

ciário brasileiro, ao elevar a presunção de inocência às últimas consequências, não estaria, em última instância, assegurando um padrão de impunidade sem qualquer parâmetro nas nações civilizadas, ao ponto de provocar a indignação da Ministra do STF, Ellen Grace Northfleet, quando vaticinou que:

> [...] em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. (STF, 2009).

De fato, segundo levantamento constante do voto do Ministro Teori Zavascki, em nenhum país do mundo dito civilizado a execução da pena fica à mercê de referendo da Corte Suprema; ao revés, ou se executa a pena após o duplo grau de jurisdição, ou logo após a sentença de primeira instância, como é o caso mais notório dos Estados Unidos da América. (STF, 2016a).

De todo o exposto, conclui-se pela compatibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória, confirmada em 2º grau de jurisdição, com a presunção de inocência, assegurando-se esta última, obviamente, apenas enquanto a culpabilidade do réu estiver sendo debatida no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert**. Constitucionalismo Discursivo**. Organização e Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Rio de Janeiro/RJ: 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acessado em: 27.mai.2017.

______________________. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. **Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro/RJ: 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessado em: 05.out.2016.

______________________. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília/DF: 1988**.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 27.mai.2017.

CANÁRIO. Pedro. Apenas 0,035% dos recursos ao Supremo absolveram réus, aponta Barroso. Brasília/DF: 11 de maio de 2016. Revista Eletrônica Consultor Jurídica. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-11/apenas-0035-recursos-stf-absolveram-reus-barroso>. Acessado em: 02.jan.2017.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (CADHP). **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Nairóbi, Quênia: 28 de junho de 1981. Disponível em <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr>. Acessado em: 31.dez.2016.

COMPROMISSO E ATITUDE. **O assassinato de Sandra Gomide por Pimenta Neves**. Matéria publicada em: 27/05/2014. Disponível em http://www.compromissoeatitude.org.br/o-assassinato-de-sandra-gomide-por-pimenta-neves/. Acessado em: 02.jan.2017.

CONSELHO DA EUROPA (CE). Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção para a Proteção dos Direitos do**

Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, aos 04 de novembro de 1950. Disponível em <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acessado em: 31.dez.2016.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado.** Campinas: Bookseler, 2000, Volume III.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

MARINONI. Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil. Vol. 4: Processo Cautelar.** São Paulo: RT, 2008.

MENDES. Gilmar Ferreira. **A presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acessado em: 31.dez.2016.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisariado. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponível em: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Acessado em: 12.mai.2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: em 22/11/ 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acessado em: 31.dez.2016.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: A Justiça como regra moral e como instituição.** Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

______________________. **O Justo 2: Justiça e Verdade e outros estudos**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus (HC) nº 84.078-MG** – Tribunal Pleno. Impetrante/Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator Ministro Eros Grau. Brasília/DF: 2009. Publicação: DJe de 26/02/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acessado em: 28.dez.2016.

______________________. **Habeas Corpus (HC) nº 126.292-SP –** Tribunal Pleno. Impetrante: Marcio Rodrigues Dantas. Paciente: Maria Claudia de Seixas. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília/DF: 2016a. Publicação: DJe de 17/05/2016. <Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acessado em: 28.dez.2016.

______________________. **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44 – DF. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin –** Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília/DF: 2016b. Publicação: DJe nº 216, de 07/10/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acessado em: 28.dez.20016.

______________________. **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 44 – DF. Inteiro teor do voto do Minis-**

tro Teori Zavascki – Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Interessado: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília/DF: 2016c. Publicação: DJE nº 216, de 07/10/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>. Acessado em: 02.jan.20017.

PESSOA, Aline. CARDOSO, Flávia. O Julgamento pelo STR do HC 84.078-7: Uma Exegese à Luz da Análise Crítica do Discurso. **Evocati Revista nº 41**, maio de 2009. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=328>. Acessado em: 28.dez.2016.

DIREITOS DE NACIONALIDADE E EXTRADIÇÃO: COMENTÁRIOS AO MS 33.864 E À EXT. 1462

Mateus Pedrosa Machado

INTRODUÇÃO

A extradição é um tema muito caro ao Direito Constitucional e ao Direito Internacional contemporâneos, sobretudo num contexto de valorização da cooperação internacional. Os países firmam entre si, tratados bilaterais de extradição, como uma forma de fortalecer as relações diplomáticas entre si, visando, por vezes, à celebração de um acordo comercial, p. ex.

Contudo, para além de um instituto político, a extradição consiste também em um instrumento jurídico, sobre o qual confluem alguns diplomas normativos. No Brasil, têm destaque, nesse sentido, a Constituição da República de 1988, a Lei n. 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro, agora revogado pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017) – e os tratados de extradição firmados com os países.

A CR/88, nessa esteira, merece especial relevo diante não só dos direitos de nacionalidade, constante de seu art. 12, mas também pelo art. 5º, LI, no qual encontra-se positivado um

direito fundamental, consistente na impossibilidade de extraditar brasileiros natos, bem como os naturalizados, salvo por crime cometido anteriormente à naturalização, desde que crime comum, ou de envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins comprovado, na forma da lei.

Recentemente, o STF debateu a interpretação que se deve dar a esse dispositivo em relação a brasileiros natos que tiveram sua nacionalidade cancelada. Foi a Extradição 1462/DF, na qual o Governo dos EUA requereu a extradição de uma brasileira nata que perdeu sua nacionalidade originária através da Portaria n. 2.645/2013 do Ministério da Justiça, objeto do MS 33.864/DF.

O presente trabalho se propõe, inicialmente, a expor breves comentários à nacionalidade e à extradição no ordenamento pátrio, para, em seguida, sintetizar os argumentos trazidos à tona pela 1ª Turma do STF no julgamento dos casos supracitados. Parte-se da premissa que é preciso entender os argumentos aduzidos, para assim ter uma base de críticas e contra-argumentos. Por fim, serão tecidos alguns comentários especialmente à Ext. 1462/DF.

Para cumprir tais objetivos, será utilizada pesquisa teórico-dogmática de índole interdisciplinar, assim como análise qualitativa de jurisprudência, porquanto focada no MS 33.864/DF e na Ext. 1462/DF.

Dessa forma, a decisão de extraditar uma brasileira nata foi a mais correta em face de nosso ordenamento jurídico-constitucional? Entende-se que num contexto de neoconstitucionalismo e pós-positivismo, existem outras interpretações possíveis para o caso, para além de uma interpretação gramatical ou literal, como usado pelos ministros. Com isso, outras soluções se mostram possíveis.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NACIONALIDADE BRASILEIRA E A EXTRADIÇÃO

A nacionalidade é um tema que recebe tratamento constitucional, constante do art. 12 da CR/88, que dispõe sobre as espécies de nacionalidade, os modos de aquisição e perda, etc.

Nesse sentido, a nacionalidade pode ser entendida como "vínculo jurídico político que liga o indivíduo a um determinado Estado", e os direitos de nacionalidade têm natureza jurídica de direito público, sendo normas materialmente constitucionais, ainda que ausentes da Constituição formal (FERNANDES, 2014). Entretanto, nota-se que os direitos de nacionalidade encontram guarida constitucional, uma vez que positivados no art. 12, CR/88, integrando também a Constituição formal, por conseguinte.

Quanto às espécies de nacionalidade, tem-se basicamente a originária ou primária, quando o indivíduo lhe adquire por um fato natural (nascimento), ou secundária, derivada ou adquirida, que surge de um ato volitivo do indivíduo nesse sentido (FERNANDES, 2014).

Como critérios básicos para a aquisição da nacionalidade, existem dois que são representativos: (i) *ius sanguinis,* que é o critério sanguíneo, determinando que um indivíduo é nacional de um país quando for descendente dos nacionais de tal país; e (ii) *ius soli,* consistente no fato de que aquele que nascer no território de um país será considerado seu nacional, independentemente dos ascendentes (FERNANDES, 2014).

Não obstante, o ordenamento brasileiro prevê o cabimento de ambos os critérios. Conforme o art. 12, I, "*a*", da CR/88, são brasileiros natos aqueles que nascerem em território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros, salvo se estes estiverem a serviço de seu país. Nesse caso, é possível notar a predominância

do critério territorial, porquanto afirma-se peremptoriamente a nacionalidade brasileira, ainda que seja se pais estrangeiros, sobrepujando, no caso, o critério sanguíneo.

A alínea "*b*" do inc. I do art. 12, CR/88, já determina que os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que pelo menos um deles esteja a serviço da República Brasileira, serão brasileiros natos. Aqui já prevalece o critério sanguíneo, dando primazia a relações de descendência, respeitando-se a reciprocidade presente na alínea "*a*".

Por fim, a alínea "*c*" do dispositivo constitucional prescreve que são nacionais brasileiros os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, devendo ser registrados em repartição brasileira competente, ou que venham residir no Brasil, e optem pela nacionalidade brasileira, a qualquer tempo após atingir a maioridade. Aqui, há uma mescla de critério sanguíneo, mais critério residencial e a opção confirmativa, possibilitando-se ainda o registro em autoridade competente brasileira (FERNANDES, 2014).

Com relação à extradição, esta consiste em "ato pelo qual um Estado entrega à justiça repressiva de outro, a pedido deste, indivíduo nesse último processado ou condenado criminalmente e lá refugiado, para que possa aí ser julgado ou cumprir a pena que já lhe foi imposta" (MAZZUOLI, 2015).

Cuida-se de uma forma de cooperação internacional entre dois Estados, pressupondo para sua materialização a existência de um tratado de extradição entre ambos (MAZZUOLI, 2015), ou então, quando inexistir tratado, o Estado estrangeiro prometer reciprocidade ao Brasil (art. 76, Lei 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro –). Também pressupõe o cometimento de um ilícito penal no Estado requerente, ou, podendo ser extradição instrutória, quando for processual, ou ainda executória, quando após a condenação (PORTELA, 2015).

Feito pedido de extradição pelo órgão estrangeiro competente ao Ministério da Justiça ou ao Ministério das Relações Exteriores, a depender do tratado de extradição, será avaliada a admissibilidade do pedido de extradição, nos termos do mencionado tratado (MAZZUOLI, 2015). Feito isso, o feito será submetido ao STF.

Incumbe ao STF processar e julgar, originariamente, os pedidos de extradição, à luz do que determina o art. 102, I, "*g*", CR/88. Nessa etapa, serão avaliados os requisitos para a concessão da extradição que, como se há dupla tipificação do crime em questão, se já estava o crime tipificado na legislação estrangeira antes do seu cometimento, se houve extinção da punibilidade em qualquer dos Estados (requerente e requerido) e, ainda, se apresenta o delito natureza política ou militar (MAZZUOLI, 2015).

Julgado procedente o pedido de extradição, há outra fase administrativa, consistente na entrega do extraditando ao país requerente (MAZZUOLI, 2015). Entretanto, conforme o art. 91, I a V da Lei n. 6.815/1980, a entrega do indivíduo ficará condicionada ao cumprimento das seguintes injunções: (i) o extraditando não ser preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; (ii) computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição – detração penal – ; (iii) comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, aos casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação; (iv) não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e (v) não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena. Por outro lado, em sendo indeferido o pedido de extradição, tal negativa será também comunicada ao Estado requerente (MAZZUOLI, 2015).

Contudo, há uma garantia quanto à extradição que merece ser ressaltada. Consiste na vedação à extradição de brasileiro nato, podendo apenas o naturalizado ser extraditado, em caso

de crime comum, desde que praticado antes da naturalização, envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (art. 5º, LI, CR/88). Cuida-se, aqui, de um direito fundamental, uma vez que se encontra no rol do art. 5º, CR/88, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais individuais.

Dessa forma, imprescindível se faz sua obediência, constituindo inclusive cláusula pétrea, conforme o art. 60, §4º, CR/88. Trata-se de um direito exclusivo dos brasileiros natos, que é não ser extraditado em hipótese alguma, ainda que seja por crime cometido no estrangeiro (CANOTILHO e outros, 2013).

Nessa toada, surge o questionamento referente à Extradição nº 1462, na qual o STF deferiu a extradição de brasileira nata que teve sua nacionalidade cancelada, por meio da Portaria n. 2.465/2013 do Ministério da Justiça. Tal caso se tornou bastante polêmico e emblemático em face da vedação constante do art. 5º, LI, CR/88, divergindo os ministros quanto à procedência ou não da extradição. Cumpre, assim, destacar alguns comentários sobre o caso.

2. PERDA DE NACIONALIDADE E EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRA NATA: O MANDADO DE SEGURANÇA (MS) 33.864/DF E A EXT. 1462/DF

O STF, em histórica decisão proferida na Ext. 1462/DF, julgada em 23 de março de 2017, na qual a 1ª Turma da Suprema Corte deferiu a extradição para os EUA de uma brasileira nata acusada de matar o marido, encampou inúmeras manchetes de jornais. Tal decisão foi motivo de diversas controvérsias e críticas, tendo agitado o mundo jurídico e acadêmico.

Contudo, para melhor se entender e contextualizar o caso, é preciso retornar ao MS 33.864/DF, julgado em 19 de abril de 2016, impetrado pela extraditada, Sra. Cláudia Cristina So-

bral, contra a Portaria nº 2.465/2013 do Ministério da Justiça, que declarou a perda de sua nacionalidade. Nesse sentido, passa-se a uma breve descrição desses casos para melhor se compreender a controvérsia.

2.1. O MS 33.864/DF

Inicialmente, deve-se destacar que tal remédio constitucional foi questionado no STJ, mas de competência declinada para o STF devido a pedido do Procurador-Geral da República, com base na decisão constante do HC 83.113/DF, no qual se afirmou que cabe ao STF processar e julgar mandado de segurança que envolva matéria de extradição.

Voltando-se para o caso concreto, pode-se constatar que a impetrante nasceu no Brasil, sendo filha de brasileiros. Contudo, mudou-se para os Estados Unidos, onde se casou em 1990, e conseguiu visto de permanência naquele país, o denominado "*green card*". Em 1999, a impetrante requereu a nacionalidade norte-americana, e no documento em que fez tal requerimento, declarou que renunciava e abjurava fidelidade a qualquer Estado ou soberania.

Após isso, divorciou-se de seu antigo marido e contraiu novo matrimônio, com Karl Hoerig. No entanto, em 2007, Cláudia foi vista por um vizinho saindo de sua residência, e jamais foi vista nos EUA novamente. Três dias depois, Karl Hoerig foi encontrado morto na residência do casal, e alguns dias após tal fato, Cláudia chegou ao Brasil, sendo formalmente acusada de homicídio nos EUA.

Em 2011, de ofício, foi instaurado um Processo Administrativo de nº 08018.011847/2011-01 no Ministério da Justiça, que culminou na Portaria nº 2.465/2013, por meio da qual se declarou a perda da nacionalidade brasileira de Cláudia.

No mérito do MS 33.864/DF, o Min. relator Luís Roberto Barroso denegou a ordem de segurança. O Ministro salientou em seu voto que a perda de nacionalidade é algo excepcional no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, só admitida nas hipóteses previstas no art. 12, §4º, que são nos casos de cancelamento da naturalização, por sentença judicial, em virtude de ato nocivo ao interesse nacional (inc. I), ou pela aquisição de outra nacionalidade (inc. II). No caso dessa segunda hipótese, excepciona-se a perda nacionalidade quando houver reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição de naturalização pela lei estrangeira ao brasileiro residente no estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (alíneas "*a*" "*b*", respectivamente, acrescentadas ao art. 12, §4º, CR/88 pela EC 3/1994).

O Ministro Barroso asseverou que a impetrante já possuía o "*green card*" antes de requerer a aquisição da nacionalidade estadunidense. Dessa forma, já possuía o gozo pleno dos direitos civis e trabalhistas nos EUA, o que tornava desnecessário o requerimento de perda da nacionalidade. Entretanto, a extraditada requereu mesmo assim a nacionalidade norte-americana, em 1999, tendo declarado que renunciava e abjurava fidelidade a qualquer outro Estado e soberania, não obstante esse procedimento ser desnecessário para fins de permanência em solo americano, em razão do "*green card*" (BRASIL, 2016, p. 11).

Consoante esses fundamentos, o Min. Luís Roberto Barroso asseverou que essa hipótese não se enquadrava nas exceções previstas no art. 12, §4º, II, alíneas "*a*" e "*b*" da CR/88, pois que tais hipóteses só se justificam quando a aquisição da nacionalidade for algo necessário, indispensável à permanência do indivíduo no país, o que não é o caso da extraditada. No caso

em questão, o Min. relator afirmou que se tratou de uma manifestação de vontade inequívoca de adquirir outra nacionalidade.

Em conclusão, o Min. Barroso votou pela não concessão da ordem de segurança, alegando que a Portaria n. 2.465/2013 do Ministério da Justiça não foi ilegalidade nem abuso de poder, porquanto obedeceu ao art. 5º, LV, CR/88, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa a Cláudia, e também está em conformidade com o art. 23 da Lei n. 818/1949, que autoriza a instauração de procedimento administrativo de ofício para a perda de nacionalidade, e com a Lei n. 9.874/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal. Ademais, a perda de nacionalidade foi declarada em obediência ao que dispõe o art. 12, §4º, II, CR/88, que prevê a perda de nacionalidade brasileira pela aquisição de outra nacionalidade.

O Min. Edson Fachin votou pela concessão da ordem de segurança, afirmando que o art. 5º, LI da CR/88 estabelece que "nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado". Nesse sentido, entendeu que a hipótese do caso *sub judice* não é contemplada pela CR/88, motivo pelo qual haveria direito líquido e certo à impetrante, justificando, assim, a procedência do pedido.

Já o Min. Marco Aurélio entendeu que o caso era de competência do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, asseverou que no caso específico assistiria razão à impetrante, o que justifica a concessão da ordem.

Ao fim do julgamento, o MS 33.864/DF foi denegado por maioria de votos. Acompanharam o voto do relator os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber, sendo vencidos os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio.

2.2. A EXT. 1462/DF

Em 15 de junho de 2016 foi protocolado no STF o pedido de extradição de Cláudia (Ext. 1462/DF), formulado pelo governo

dos EUA, sendo considerado prevento o Min. Luís Roberto Barroso, pelo julgamento do MS 33.864/DF. Em 28 de março de 2017, ocorreu a sessão de julgamento da Ext. 1462/DF.

Inicialmente, o Min. Barroso relembrou o julgamento do MS 33.864/DF, asseverando que naquela oportunidade, a 1ª Turma já havia confirmado a perda de nacionalidade de Cláudia, declarada pela Portaria nº 2.465/2013 do Ministério da Justiça. Por esse motivo, o relator entendeu cabível a extradição, porquanto a extraditada já não mais era considerada brasileira nata, motivo pelo qual não se enquadra na hipótese do art. 5º, LI, CR/88, que veda a extradição de brasileiro nato.

Feito isso, o Min. rel. considerou preenchidos os requisitos de extradição previstos na Lei n. 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro –, tais como o cometimento do crime no território do país que requer a extradição, p. ex., (art. 78, I), e no Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e os EUA – Decreto n. 55.750, de 11 de fevereiro de 1965, que promulgou o referido tratado.

Ademais, asseverou o Min. relator que não se vislumbrava a presença de óbice algum à extradição, fixados no art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, uma vez que: (i) a extraditada não é nacional brasileira, pois teve declarada a perda de sua nacionalidade através Portaria n. 2.645/2013 do Ministério da Justiça; (ii) sua extradição foi requerida por Estado que mantém Tratado de Extradição com o Brasil; (iii) a pena máxima prevista para os crimes comuns — pelo qual responde — é superior a um ano de privação de liberdade (art. III do Tratado de Extradição Brasil-EUA); (iv) a prisão foi decretada por juízo regularmente instituído; (v) o Brasil não é competente para o julgamento do crime; e (vi) o crime não tem conotação política.

O relator asseverou, ainda, que a cooperação internacional consistente na extradição tem como condição a garantia de que não sejam aplicadas ao extraditando penas inadmiti-

das pelo ordenamento brasileiro. Desse modo, é mister que o Estado requerente se comprometa formalmente a não aplicar tais penas ao indivíduo extraditado.

Ao final, por maioria de votos, foi deferido o pedido de extradição de Cláudia Sobral aos EUA, ficando a entrega da então extraditanda sujeita ao compromisso formal de o Estado requerente: (i) não aplicar penas vedadas pelo Direito Brasileiro, como as de morte e a prisão perpétua (art. 5º, XLVII, "*a*" "*b*", CR/88); (ii) respeitar o tempo máximo de cumprimento do tempo de pena permitido no Brasil, de trinta anos, conforme o art. 75, do Código Penal; e (iii) detrair da pena total o tempo que a extraditada permaneceu presa no Brasil para fins de extradição.

Vencido no mérito o Ministro Marco Aurélio, que votou pelo indeferimento do pedido de extradição, sob o argumento de que persistiria a condição de brasileira nata da então extraditanda, incidindo, pois, o óbice do art. 5º, LI, CR/88.

CONCLUSÃO

Como foi visto no decurso deste trabalho, a extradição é um relevante mecanismo de cooperação entre Estados, o que propicia o próprio desenvolvimento de relações diplomáticas amigáveis entre o Estado requerente e o Estado requerido. No entanto, há alguns parâmetros e limites que devem ser observados nesse ato de se entregar um indivíduo a outro Estado através da extradição.

Viu-se, p. ex., que a CR/88 proíbe, veementemente, a extradição de brasileiros natos, conforme seu art. 5º, LI. E a questão principal que se pretende discutir aqui é justamente a Ext. 1462/DF, na qual a 1ª Turma do STF deferiu, por maioria de votos, a extradição de uma mulher, brasileira nata, que teve sua nacionalidade cancelada no Brasil por meio da Portaria nº 2.465/2013 do Ministério da Justiça.

Constatou-se, também, que tal portaria foi objeto do MS 33.864/DF, em que a 1ª Turma do STF, por maioria, confirmou a perda de nacionalidade. O principal argumento para tanto foi o de que, pelo fato da então impetrante ter optado pela nacionalidade norte-americana, mesmo possuindo o chamado "*green card*", e ter abjurado fidelidade a qualquer outro Estado e/ou soberania, a mesma deixou de ser considerada brasileira nata.

Por esse motivo, no julgamento da Ext. 1462/DF, é que o rel. Min. Barroso votou pela concessão do pedido de extradição, alegando que a extraditanda já tinha perdido sua nacionalidade originária brasileira, o que afastava a incidência da vedação constante do art. 5º, LI, CR/88. Tal entendimento foi seguido pela maioria dos ministros da 1ª Turma, vencido o Min. Marco Aurélio, que entendia persistir a condição de brasileira nata da extraditanda.

Analisando-se ambos os lados do caso, percebe-se que o ponto central, isto é, o "divisor de águas" da Ext. 1462/DF foi uma questão de hermenêutica constitucional: ante a perda da nacionalidade brasileira da extraditanda, restava saber se persistia, no caso, a incidência do direito fundamental previsto no art. 5º, LI, CR/88. Era preciso saber se mesmo não sendo mais considerada brasileira nata, a extraditanda ainda poderia ser considerada titular da mencionada garantia fundamental.

Nesse sentido, prevaleceu a exegese de que, pelo fato de a nacionalidade já ter sido cancelada pela Portaria n. 2.645/2013 do Ministério da Justiça, a extradição seria possível, haja vista que não mais persistia a condição de brasileira nata da extraditanda, restando afastado, portanto, o art. 5º, LI, CR/88.

O Prof. Valério Mazzuoli, em entrevista ao blog "Consultor Jurídico", disse ser favorável ao posicionamento exarado pelo STF na Ext. 1462/DF. Segundo o internacionalista, não houve extradição de uma brasileira nata, mas sim de uma cidadã norte-americana, que no passado fora brasileira nata. Dessa for-

ma, dada a perda da nacionalidade brasileira originária, juridicamente não estar-se-ia extraditando uma brasileira nata, mas tão somente uma pessoa com nacionalidade norte-americana.

Apesar das diversas críticas cabíveis a tal posicionamento, não se pode olvidar que se trata de uma corrente que guarda coerência intrínseca: houve a perda da nacionalidade por meio de uma portaria, que foi confirmada em sede de mandado de segurança transitado em julgado, logo, é possível a extradição, vez que a extraditanda não mais é brasileira nata. É um pensamento juridicamente técnico.

Contudo, percebe-se que há outras saídas à encontrada pelo STF. Nesse sentido, este trabalho discorda do posicionamento exarado na Ext. 1462/DF especialmente com base em dois argumentos centrais: (i) ênfase demasiada na interpretação literal ou gramatical, o que não persiste em tempos de neoconstitucionalismo; e (ii) primazia dos métodos de interpretação sistemático e teleológico.

A interpretação gramatical é aquela que se guia sobretudo pelo texto da norma jurídica, ou seja, é o momento inicial do processo interpretativo (BARROSO, 2009). No entanto, não pode o intérprete se restringir apenas à interpretação literal das normas, o que pode conduzir a injustiças, p. ex. (*Ibidem*, 2009).

No caso em questão, vê-se que foi analisada a incidência ou não das exceções do art. 12, §4º, II, CR/88, para assim, saber se seria possível ou não a incidência do art. 5º, LI, CR/88. Foi um exercício meramente silogístico, de subsunção do fato perante a norma jurídica, mecanismo decisório que vem perdendo seu prestígio.

Houve, assim, um apego excessivo à literalidade do texto constitucional na decisão do STF. Foi considerado apenas os aspectos gramaticais presentes na Constituição, sendo olvidados outros valores de suma importância, como a dignidade

da pessoa humana, p. ex., que é um dos vetores a serem levados em conta na interpretação constitucional, sobretudo em tempos de pós-positivismo (BARROSO, 2009).

No entanto, conforme supramencionado, vive-se em tempos mudança paradigmática, a partir sobretudo do chamado "neoconstitucionalismo". Em tal perspectiva, outras formas de interpretação e aplicação das normas constitucionais emergem.

O neoconstitucionalismo é marcado por três elementos básicos: (i) marco histórico, consistente na redemocratização da Europa após a 2ª Guerra Mundial e no Brasil após a CR/88; (ii) marco filosófico, que é a reaproximação entre o direito e a moral, também chamado de pós-positivismo; e (iii) marco teórico, que envolve a expansão da jurisdição constitucional, a aquisição de força normativa pelas Constituições e a nova interpretação constitucional (BARROSO, 2005).

Para este trabalho, é mister conferir maior enfoque ao marco filosófico. Como se viu, o marco filosófico compreende o movimento inverso ao positivismo, também chamado de pós-positivismo, que "busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral do Direito" (*Ibidem,* 2005). Isso significa que a interpretação e a aplicação do ordenamento pátrio deverão ser inspiradas numa noção de justiça, com fulcro na dignidade da pessoa humana (*Ibidem,* 2005).

Trazendo a análise para o caso em questão, nota-se que o STF, na Ext. 1462/DF, pautou-se numa lógica, de certa forma, retrógrada quanto à exegese e aplicação constitucionais. Não se vislumbrou uma leitura moral das normas constitucionais, mas tão somente sua operação mediante subsunção. A observação de possíveis injustiças foi relegada.

Ademais, outros métodos interpretativos emergem como solução para o problema ora em análise, como a interpretação

sistemática. Esse método assevera que o ordenamento jurídico, no caso em específico, a Constituição, deve ser interpretada como uma unidade, ou seja, como um conjunto integrado de regras e princípios, e não como normas isoladas, sem conexão umas com as outras (BARROSO, 2009). Tal método conta com uma "prioridade lógica" com relação aos demais métodos, o que inclui o método de interpretação literal (*Ibidem,* 2009).

Por conseguinte, ao se observar a Constituição Brasileira, é notória a intenção que se têm de conferir cada vez mais proteção à pessoa humana e aos direitos fundamentais. O art. 1º, III, consagra a dignidade da pessoa humana, erigindo-a à condição de princípio fundamental da República, ou seja, um princípio estruturante do Estado brasileiro. Também não se pode olvidar que o art. 5º, CR/88 consagra um extenso rol de direitos e garantias individuais, totalizando 78 incisos. Isso em muito significa a preocupação do constituinte, tanto o originário como o derivado, com a proteção dos direitos fundamentais, tendentes a sempre melhorar o patamar de vida digna das pessoas. Nesse sentido, também o inc. LI do art. 5º, CR/88 deve ser interpretado à luz do que a Constituição como um todo significa, que é a cada vez crescente proteção dos direitos fundamentais.

O art. 5º, 2º, CR/88, p. ex., determina que os direitos e garantias fundamentais não previstos na Constituição, não excluem aqueles decorrentes dos tratados internacionais e do regime de princípios por ela adotado. De forma parecida, o art. 60, §4º, IV da CR/88 apregoa que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir os direitos e garantias individuais. Tais dispositivos demonstram a preocupação do constituinte originário com o cerceamento dos direitos fundamentais, o que, *a contrario sensu,* significa uma abertura para o aumento e aperfeiçoamento dos direitos fundamentais.

A interpretação teleológica, por seu turno, é aquela que visa a compreender e aplicar a norma constitucional observando-se sua finalidade, ou seja, a interpretação que pretende entender "o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito" (BARROSO, 2009). De acordo com esse método, "a Constituição e as leis, portanto, visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada" (*Ibidem,* 2009).

Com isso, o art. 5º, LI, CR/88 deve se ater à finalidade com a qual a própria Constituição foi escrita. Pelo extenso rol de direitos fundamentais que consagra, conclui-se que a sua finalidade precípua foi garantir e blindar os direitos e garantias fundamentais de arbítrios e restrições, em resposta ao período ditatorial que o Brasil passou entre 1964 e 1985. A Ext. 1462/DF teve um resultado à contramão do que a Constituição de 1988 pretendeu em sua estrutura, que foi conferir uma consistente e crescente proteção aos direitos fundamentais. O STF, nessa decisão, optou pela opção mais restritiva e refratária à proteção dos direitos fundamentais.

Percebe-se, assim, que a decisão conferida na Ext. 1462/DF não foi a mais condizente com os ditames propugnados *supra*. Não foi dada a devida prevalência aos direitos fundamentais, notadamente a garantia constante do art. 5º, LI, CR/88. O voto do Min. Marco Aurélio, nesse sentido, representou uma maior preocupação com a tônica de fortificação das normas de direitos fundamentais, vez que o ministro entendia que prevalecia a condição de brasileira nata, fazendo jus, portanto, ao direito insculpido no art. 5º, LI, CR/88.

Conforme o que foi exposto nesta pesquisa, foi possível notar a busca por se encontrar respostas à Ext. 1462/DF. Mas antes de tudo, era necessário compreender a *ratio decidendi*

de tal julgado, bem como os próprios fundamentos que originaram a decisão, ainda que de forma sintética.

Apesar da força argumentativa dos ministros – ponto que deve ser destacado –, é possível chegar a uma conclusão diversa, conforme as soluções e críticas apresentadas neste trabalho.

Conclui-se, portanto, que o STF, na decisão proferida na Ext. 1462, foi de encontro aos posicionamentos mais protetivos majoritariamente propugnados, sobretudo por privilegiar o método de interpretação literal em detrimento de outros mais utilizados, como a teleológico e o sistemático. Ademais, o próprio pós-positivismo, enquanto elemento do neoconstitucionalismo, também foi ignorado, todos elementos relevantes para o direito constitucional contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

___________. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33.864/DF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Julgado em: 19 de abril de 2016. *Diário de Justiça Eletrônico:* 20 de setembro de 2016. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP = TP&docID = 11685796 >. Acesso em: 20 mai. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; *et. al.* (Cord.). *Comentários à Constituição do Brasil.* 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª ed. Salvador: Editora Juspodiwm, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público.* 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

________. Cada um por si: "Direito Internacional Público tem falhado em garantir paz e estabilidade no mundo". In: *Consultor Jurídico,* maio de 2017. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2017-mai-14/entrevista-valerio-mazzuoli-especialista-direito-internacional >. Acesso em: 25 mai. 2017.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado.* 7ª ed. Salvador: Editora Juspodiwm, 2015.

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS CONSTITUCIONALIZADOS

Mavili Moura

INTRODUÇÃO

Para medir a efetividade dos direitos fundamentais e o impacto da constitucionalização dos mesmos é preciso observar o gasto público realizado no Brasil e em países com direitos fundamentais constitucionalizados e não constitucionalizados, em especial o gasto realizado em educação e saúde, em sua proporção com o PIB e per capita. É preciso, ainda, verificar se a constitucionalização dos direitos fundamentais por si só foi capaz de incrementar de maneira significativa o gasto público nessas áreas.

Quando os direitos fundamentais sociais passam a fazer parte dos textos constitucionais deixam de ser objetivos para alcançar o status de obrigações, ainda que não deixem de ser direitos individuais. Mobilizações sociais também podem, assim como grupos e indivíduos podem servir como força na concretização desses direitos, bem como o Judiciário, principalmente no constitucionalismo contemporâneo. Porém nenhum desses grupos ou poderes pode de fato assegurar que recursos públicos sejam alocados na efetivação de direitos fundamentais sociais.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

A Constituição de 1988, marcada como um avanço extraordinário na disciplina dos direitos e garantias fundamentais[90] em consonância com a evolução constitucional contemporânea e ainda com o direito internacional consagrou o direito à saúde e à educação como direitos fundamentais[91]. E incluiu um rol generoso de direitos sociais e de direitos dos trabalhadores no capítulo em referência, quase sem precedentes no constitucionalismo contemporâneo[92]. Ao total a Constituição de 1988 garante 79 (setenta e nove) direitos, sendo a nona Constituição a garantir mais direitos dentre as pesquisadas, em um ranking em que figuram como primeiras colocadas Equador, Sérvia, Bolívia, Cabo Verde, Portugal, Armênia, México e Angola[93].

De fato, a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais não é exclusividade da Constituição brasileira, se traduzindo em uma tendência nas últimas décadas, a partir de 1946, nas constituições, nesse sentido o constitucionalismo dito contemporâneo não seria o que é sem os direitos fundamentais[94]. Dados revelam que em 2012 de 186 países pesquisados, 130 tem a educação e a saúde como direitos fundamentais em suas Constituições[95].

---

90. PIOVESAN, Flavia *in* CANOTILHO, J.J. GOMES, CORREIA, Marcos Orione Gonçalves, CORREA, Erica Paula Barcha. Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53 e ss.

91. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Salvador: Revista Diálogo Jurídico. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf. Acesso em 10 mar. 2017.

92. SARLET, Ingo Wolfgang. Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis. Right to social benefits in times of crisis. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/180996053/01-Ingo-Wolfang-Sarlet-Derechos-Sociales-Prestaciones. Acesso em: 08 mar. 2017.

93. Disponível em: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/#indices. Acesso em 27 mai 2017.

94. LUNO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 2007, p. 14.

95. CHILTON, Adam S. and VERSTEEG, Mila, “Rights Without Resources: The Impact

Nesse cenário atualmente ao menos 81% das Constituições incluem em seu rol de direitos fundamentais a serem protegidos a educação, 71% protegem o acesso ao sistema de saúde, 63% asseguram algum tipo de seguridade social e 39% incluem o direito à moradia[96].

O movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais sociais é reconhecido por sua importância por diversos setores da academia, são vistos como a possibilidade de real de desenvolvimento econômico porque o investimento em capital humano leva a esse desenvolvimento. A adoção de direitos sociais poderia conduzir a um maior acesso aos pobres a serviços sociais de extrema importância. Esses direitos em geral custeados pelo Estado, chamados de oportunidades sociais, complementam as oportunidades individuais de participação na economia e também na política, em especial em países em desenvolvimento.

Nas Constituições dos Estados Liberais os direitos fundamentais se consubstanciavam em liberdades negativas que protegiam os cidadãos, o acesso aos direitos fundamentais, era tarefa a ser realizada por cada indivíduo dentro de um sistema em que o mercado era livre, esse garantido pelo Estado. Assim, embora a saúde e a educação fossem consideradas essenciais, nem todos dispunham dos meios para adquiri-las[97].

Algumas das características atribuídas à Constituição de 1988 como seu forte cunho programático e dirigente podem ser aplicados aos direitos fundamentais, que são considerados pela doutrina e jurisprudência direitos prestacionais exigíveis como verdadeiros direitos subjetivos.

---

of Constitutional Social Rights on Social Spending" (2016). Public Law and Legal Theory Working Papers. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/625. Acesso em: 27 mai 2017 12, p. 12.

96. Ibid, p. 12

97. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 67.

A constitucionalização dos direitos fundamentais sociais não é exclusividade da Constituição brasileira, e transforma os direitos sociais de objetivos a serem alcançados para o pleno desenvolvimento em obrigações constitucionais, e sua não realização implica em uma violação à Constituição.

Para os entusiastas da proliferação de direitos fundamentais nas Constituições é preciso salientar que esse fato não foi capaz por si só de alcançar uma real mudança na distribuição do bem-estar ou na redução das desigualdades sociais. Elas existiam antes da constitucionalização desses direitos e permanecem mesmo depois, no caso brasileiro, de 29 anos da promulgação da Constituição.

A Constituição não seria apenas a garantia do existente, conteria um programa para o futuro. Buscaria racionalizar a política e estaria ligada a ideia de transformação da realidade pelo direito, e poderia ser considerada um programa de ação para alteração da sociedade[98].

Não basta reconhecer a existência desses direitos no texto constitucional, a injustiça social ainda impera, a sociedade ainda permanece repleta de disparidades e essas condições já se encontravam lá antes do texto constitucional, em verdade, esse texto é adotado como um compromisso transformador, mas em geral no tocante a aplicação dos recursos para tal redistribuição, nem o Judiciário tem sido tão generoso[99].

A ideia de Estado Democrático de Direito está associada à possibilidade de uma democracia material e não apenas formal, para tanto, os direitos fundamentais devem ser não apenas respeitados, mas também efetivados e garantidos, sob pena da, nos dizeres de Alexandre Morais Rosa, deslegitimação pau-

---

98. BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Dignidade Humana. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, 2007, pg 458. Disponível em: <www.journals.usp.br/rfdusp/article/download/67764/70372. Acesso em: 22 abr.

99. HISCHL, 2007, p. 131.

latina das instituições[100]. Para tanto os direitos fundamentais constitucionalizados impedem sua violação, ou mesmo sua negação, representando o substrato da democracia material-constitucional, já que significam a extensão de liberdades e direitos tendentes à realização das promessas constitucionais[101].

Essas liberdades têm relação direta com instituições sociais e econômicas, como os serviços de educação e de assistência médica e que no Brasil mesmo que com alguns avanços em relação ao acesso, principalmente no tocante a educação[102], a qualidade dos serviços, a gestão deficitária e a questão da alocação de recursos ainda constituem os maiores problemas a serem solucionados.

Por certo essas obrigações constitucionais devem ser vistas sob ao menos três prismas, o primeiro seria a impossibilidade de adoção de leis e regulamentos que dificultem o acesso aos direitos fundamentais, segundo a realização de ações que previnam ou impeçam a violação desses direitos e por fim, a adoção de políticas que permitam, gradualmente, a expansão ao acesso aos serviços sociais e a esses direitos[103].

Estranhamente poucos são os estudos no Brasil que avaliam programas públicos para a observância dessas obrigações constitucionais, tanto na definição da necessidade de criação de políticas públicas, quanto na checagem da eficiência das políticas já implementadas, inclusive quanto a seus custos e benefícios.

A garantia da adoção de políticas públicas tendentes a expandir o acesso e a qualidade dos serviços e direitos sociais depende em sua maioria de recursos a serem alocados para esse fim, mas nem mesmo esse gasto garante que os direitos

100. ROSA, Alexandre Morais da e LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law e Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.24

101. Ibid, pg. 27.

102. Relatório Econômico OCDE 2015. op. Cit., p. 30

103. CHILTON and VERSTEEG, 2016, p.7.

fundamentais sociais sejam concretizados, por certo, é preciso que o gasto e a eficiência desses cresça para que tanto o acesso quanto à qualidade desses serviços possa ser sentido.

2. A ALOCAÇÃO DE RECURSOS

Mazzucato afirma que não é possível comparar os gastos ditos inúteis com os gastos em um sistema de saúde mais funcional e eficiente e os gastos em educação de qualidade, que pode se refletir em pesquisas inovadoras que contribuem para a formação do capital humano. E algumas medidas de austeridade propostas, inclusive no Brasil, para solucionar a crise pelo qual passa o Estado tendem a agravar o problema[104].

Afirma Chilton que para medir o impacto da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, e sua consequente obrigação, é preciso considerar que esses se diferem dos direitos políticos e civis na medida em que esses últimos são negativos e sua observância impõe uma conduta omissiva por parte do Estado[105]. Não há como negar que os direitos fundamentais podem implicar em um certo custo, mas em que pese nos direitos civis e políticos o custo exista ele é mais elevado nos direitos sociais e assumem maior relevância para sua eficácia e efetividade[106].

Os direitos fundamentais tradicionalmente são direitos de defesa em face do Estado[107]. Mas em uma sociedade contemporânea essa não é a concepção mais adequada, mesmo nas sociedades democráticas, existe a possibilidade de abuso de poder. Tais direitos teriam como função a limitação do poder estatal. Como direitos de defesa, os direitos fundamentais estão ligados a uma abstenção e uma posição de respeito por parte

104. MAZZUCATO, Mariana. O Estado Empreendedor. Desmascarando o mito do setor público vs. o setor privado. São Paulo: Schwarcz,2014, p.3.

105. CHILTON and VERSTEEG, ob. Cit., p.18.

106. SARLET, 2012, p. 15.

107. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 481 e ss.

dos poderes públicos, nesse sentido podem ser considerados insuficientes para assegurar a eficácia pretendida no texto constitucional. O Estado se vê, pela dogmática moderna, compelido a criar os pressupostos fáticos ao efetivo exercício dos direitos fundamentais dispostos na constituição. O texto constitucional é farto quanto aos direitos a prestação, em especial no capítulo referente aos direitos sociais, e mais, ampliou o processo de constitucionalização de temas antes reservados à política[108].

A questão da escassez de recursos é especial no direito à saúde e à educação. Por certo os recursos orçamentários não são ilimitados, e cada decisão de alocação de recursos em uma área, poderia resultar na redução do montante destinado a outra área, o que desorganiza a Administração Pública. Em um cenário de escassez, as decisões referentes a alocação de recursos tornam-se verdadeiras escolhas trágicas, porque podem implicar na negação de direitos, com o aumento do risco à saúde e da baixa qualidade na educação.

Não se pode negar que o acesso à educação entre pessoas de baixa renda e de jovens sofreu um aumento no Brasil nos últimos anos, mas os dados ainda permanecem preocupantes, apenas 37% das crianças com três anos de idade estão regularmente matriculadas ao passo que em outros países, como França, Reino Unido e Itália esse acesso é integral. Somados a isso ainda há no país uma enorme necessidade de investimentos em infraestrutura não sendo poucos os casos em que os estudantes precisam enfrentar escolas sem salas de aula, sem banheiros e sem professores.

Quanto à saúde, sua universalização com o Sistema Único de Saúde (SUS), que assegura assistência gratuita a todos os brasileiros, desde sua implantação, até o ano de 2015, atingia a pelo

---

108. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas públicas. Disponível em:<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 10 mar. 2017.

menos 48% da população no atendimento primário de saúde. Mas esse serviço enfrenta limites e sofre com uma gestão, que embora descentralizada, ainda privilegia o atendimento hospitalar, mais caro, em detrimento do atendimento em unidades básicas de saúde ou serviços especializados a longo prazo.

A Constituição determina em seu artigo 212 que sejam aplicados 18% da receita em impostos em educação[109], seja na manutenção ou no desenvolvimento do ensino. De fato, no período de 2004 a 2014 houve um aumento no gasto com uma diferença total de R$ 43.108 milhões de reais acima do limite constitucional. Maiores investimentos em educação contribuem para um maior retorno futuro, tendo em vista que em geral aqueles que possuem maior qualificação percebem maiores salário e podem pagar mais impostos e levam a redução dos programas sociais.

O Brasil tem cerca de 20% de seus adultos com nível superior, ao passo que o Canadá e Nova Zelândia, países em que esse direito não foi constitucionalizado, possuem mais de 30% e mais de 50% respectivamente, incluídos aqueles que possuem mestrado ou doutorado[110].

Mesmo esse aumento no gasto público em educação pode não significar que esses serviços sejam prestados com qualidade. Pode ser entendido como um esforço para o cumprimento das obrigações constitucionais, mas podem não se traduzir em concretização de fato desses direitos.

Nos anos iniciais o Brasil investe apenas o equivalente a U$ 3.826 por aluno, valor esse aplicado a menor por apenas seis países. Não se pode negar que o tamanho do país, a quantidade de alunos atendidos e o volume total do PIB influenciam

109. Em 30 de maio de 2017 o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro decidiu recomendar à Assembleia Legislativa a rejeição das contas de 2016 da chapa Pezão/Dornelles entre outros fundamentos pelo não cumprimento do mínimo constitucional de aplicação de recursos em especial na saúde.

110. Relatório Educaction at a Glance 2016. Disponível em :<http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/education-at-a-glance-2016_eag-2016-en#.WS3pov5hmUk#page156. Acesso em: 30 mai 2017, pg. 156.

nesse resultado. Países como os Estados Unidos da América dispenderam algo em torno de 4.9 % de seu PIB em educação, a Nova Zelândia 6.3%, ao passo que África do Sul dispendeu 6.1% e o Brasil gastou 6.0% em 2015[111].

Em saúde os gastos em países como os Estados Unidos da América gira em torno de 17.1% do PIB, Canadá de 10.4%, Nova Zelândia de 11%, ainda que o direito fundamental à saúde não seja constitucionalizado, e em países de direito sociais constitucionalizados esses gastos possam alcançar 11.5% do PIB na França, 11.3% na Alemanha, 8.3% no Brasil e 8.8% na África do Sul[112].

Mas esse cenário em que foi aprovada uma proposta de congelamento de gastos públicos nessas áreas torna-se preocupante.

Para a Organização das Nações Unidas limitar os gastos em áreas como a saúde e a educação em um país como o Brasil é inaceitável, principalmente em um prazo tão longo de 20 anos, afirma o relator especial nomeado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que tal emenda bloqueará os gastos em níveis inadequados e rapidamente decrescentes na saúde e educação colocando em risco toda uma geração e traduz um retrocesso social[113].

3. O PAPEL DO JUDICIÁRIO

A marca estruturante do Estado Social de Direito é a efetivação dos direitos fundamentais. A vinculação, dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, à normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis que estão sujeitas a um amplo controle por parte do Judiciário[114]. Especialmente nos

111. Disponível em: <http://wdi.worldbank.org/table/2.7. Acesso em: 31 mai 2017.

112. Disponível em: <http://wdi.worldbank.org/table/2.7. Acesso em: 31 mai 2017.

113. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/. Acesso em: 31 mai 2017.

114. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

países com tradição em controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais sociais não requerem uma abstenção do poder estatal, e para Virgílio Afonso da Silva extrapolam o simples raciocínio jurídico formal[115].

A justiciabilidade dos direitos sociais é inegável, ainda que vozes afirmem que não cabe ao Judiciário o controle dos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública[116], mas a realização e a proteção desses direitos têm um custo elevado. Para Paulo Bonavides não podem ser varridas as garantias que selam o pacto social extraído da vontade constituinte inviolável, já que traduzidas e positivadas em grau máximo de intangibilidade no parágrafo 4º do art. 60[117].

Não é ausente de críticas a participação do Judiciário nesse sentido, e em especial na efetivação do direito fundamental à saúde e à educação em um país com uma vasta população ainda carente de implementação de políticas públicas.

Dentre essas críticas o ativismo judicial aparece como o revés da judicialização da política, afirma Lênio Streck que tal ativismo, em regimes democráticos pode ter consequências nefastas porque ocorre dentro da própria sistemática jurídica e se revela quando o Judiciário extrapola os limites de sua atuação ao tomar decisões por critérios não jurídicos[118]. A fronteira entre o ativismo e uma decisão despida dessa anomalia é muito tênue.

Em países de constitucionalidade tardia, e no caso brasileiro com uma enorme dívida social, os direitos fundamentais previstos ainda não são cumpridos, nem tampouco a promessa de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. Assim, o grau de intervenção constitucional dependerá do

115. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 587 e ss.

116. PIOVESAN, 2010, p.65.

117. BONAVIDES, 2004, p.640.

118. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, pg.65.

nível de concretização dos direitos estabelecidos, donde se conclui que no Brasil haverá ainda um certo grau de intervencionismo da justiça constitucional[119].

Mas tal intervencionismo tem levado o Supremo Tribunal Federal (STF) a emanar decisões que tem como consequência o esvaziamento da força normativa da Constituição. Salienta Gilberto Bercovici que esse esvaziamento afeta, em especial, os direitos fundamentais que dependem dessa força normativa e configura a usurpação de poderes constituintes[120].

Ao prevalecer uma leitura ortodoxa há intromissão do Judiciário na competência dos demais poderes, no entanto há muito se reconhece que o princípio da separação dos poderes se apresenta de maneira diversa, em virtude da existência da Jurisdição constitucional.

Nos modelos de Estado em que os juízes eram considerados como simples "boca da lei", a intervenção do Judiciário na realização das políticas públicas não era algo que se pudesse imaginar. Mas não se pode negar que as ideias de separação dos poderes articuladas por Montesquieu tiveram como paradigma uma sociedade muito menos complexa do que a atual. Nem mesmo originariamente o modelo construído era binário, como se em que cada poder houvesse um fim delimitado e incomunicável com os demais[121].

A transição para a democracia no país, após um período longo de governos autoritários, dependeu para sua estabilidade de um sistema Judiciário independente e não político, de maneira que essa consolidação está ligada ao estabelecimento de uma forma de separação dos poderes. Para tanto

119. Ibid, pg.198

120. BERCOVICI, Gilberto in STRECK, 2014, pg. 198.

121. PEIXINHO, Manoel Messias. A separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_252.pdf. Acesso em: 10 mar. 2017.

há os que afirmam que Tribunais independentes são aqueles que provem uma salvaguarda formal necessária contra os frequentes caprichos das arenas políticas[122].

A inclusão de um rol de direitos fundamentais sociais nas Constituições também não é ausente de críticas, constitucionalistas liberais como Ronald Dworkin afirmam que é inapropriada a colocação desses direitos no texto constitucional, sua aplicação se conseguida por decisão judicial infringe o princípio da separação dos poderes, tido como sustentáculo da democracia, posto que para concretizar tais direitos seria necessário ao Judiciário se envolver até mesmo na alocação de recursos, tarefa essa que deveria ser reservada a outros setores do governo[123].

Afirma Ran Hirschl que esse argumento é falho posto que mesmo nos direitos tidos como negativos há financiamento público, mesmo a propriedade privada encerra o uso de recursos público, assim como os processos judiciais e seu prazo razoável. E mais, conclui Ran Hirschl que se existem custos para a proteção tanto das clássicas liberdades negativas como também para esses direitos, tidos como básicos, esses últimos seriam moralmente superiores aos outros. Dessa forma não se pode apenas deixar ao arbítrio exclusivo do Legislativo e do Executivo a aplicação dos recursos[124].

Essa justiciabilidade não vem se traduzindo em efetividade. O Judiciário também possui suas limitações, não há garantias de que uma decisão dirigida ao Executivo será de fato cumprida. O Judiciário brasileiro vem exercendo um papel de controle, não só na implementação, mas também na correção, das políticas públicas em matéria de direitos à saúde, o que se vê é uma extensa gama de ações individuais e uma ideia de que o ativismo judicial, e não a judicialização da política, é capaz de suprir as

---

122. HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press, 2007, pg. 100.

123. Ibid, pg. 127.

124. HIRSCHL, 2007, p. 127.

deficiências na elaboração ou na execução dessas políticas. A judicialização e o ativismo oferece em alguma medida um refúgio conveniente aos atores políticos que buscam evitar a realização de certas medidas e a tomada de certas decisões[125].

É preciso sempre salientar que os custos desses direitos sociais, e em especial o custo do direito à saúde, precisa ser equacionado em um universo de recursos cada vez mais escassos. Para Holmes e Sustein levar tais direitos a sério, especialmente no tocante a eficácia e efetividade, é levar a sério o problema da escassez[126]. A compreensão desse problema não significa a exclusão da apreciação pelo Judiciário dos direitos sociais, mas sim, que mesmo na defesa da legitimidade dos juízes para discutir políticas públicas, questões como a ora impostas devem permear as mudanças estruturais tão necessárias para que tais direitos passem a ser decididos de maneira coletiva e não individual e ainda para que estratégias, mesmo que não judiciais, sejam formuladas para assegurar níveis de prestações sociais compatíveis com as exigências mínimas da dignidade humana[127].

Ademais diversas são as decisões judiciais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, que fazem menção a um conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Como área nuclear, ainda que de maneira intuitiva, é possível perceber que a sua ausência tornaria o direito totalmente esvaziado e ao final inexistente. Mas a definição desse conteúdo não é tarefa simples, nos dizeres de Virgílio Afonso da Silva, porque envolve problemas como a definição daquilo que é protegido pelas normas de direito fundamental, a relação e fundamentação entre aquilo que é protegido e suas restrições[128].

---

125. Ibid, p. 211.

126. HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights. Nova Iorque: W.W. Norron & Company, 2010, p.94.

127. SARLET, 2012, p. 15.

128. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 15 dez.

O desafio que se impõe ao determinar o núcleo essencial do direito fundamental à saúde seria o nível essencial de prestação social. Nesse sentido o que de fato deve ser realizado é a introdução de *guide lines* de boas práticas aliadas a possibilidade de controle e que dizem respeito aos mecanismos de responsabilidade e de gestão de recursos.

Acrescente-se que em um país como o Brasil em que a aplicação dos recursos públicos sofre de notória má gestão, o financiamento público da saúde corresponde a 42% dos recursos destinados à saúde[129]. Tais números confirmam que em verdade o financiamento da saúde hoje é preferencialmente privado, o que desrespeita os imperativos da Constituição Federal e ainda causam o esvaziamento desses direitos.

É preciso aliar ao direito constitucional outros campos do saber [130], a economia e a regulação, para que o direito constitucional se mantenha como instrumento de direção. A observância de padrões normativos e de boas práticas não se contrapõe a ideia da concretização dos direitos, ainda que judicial.

CONCLUSÃO

O que se procurou demonstrar ao longo do trabalho é que a garantia e a proteção aos direitos fundamentais sob certa medida impõe o diálogo constitucional entre os diversos poderes estatais e também a comunidade. Não é suficiente que tais direitos estejam previstos nas cartas constitucionais para que se possa deles usufruir, torna-se cada vez mais necessária a discussão acerca dos custos e a forma como mesmo em cenários de crise é possível sua concretização.

2016, p. 40 e ss.

129. Dados coletados do site do Ministério da Saúde referentes ao Relatório Resumido da Execução Orçamentária da União: Demonstrativo das Despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde Orçamento Fiscal e da Seguridade Social do primeiro bimestre de 2015. Disponível em: < http://siops.datasus.gov.br/msu_rreo.php?acao=a&ano=2015&periodo=1&desc=1%BA%20Bimestre>. Acesso em: 15 de dez. 2016.

130. CANOTILHO, J.J. GOMES, CORREIA, Marcos Orione Gonçalves, CORREA, Erica Paula Barcha. Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

Mesmo em países em que o direito à educação e à saúde não fazem parte do rol de direitos fundamentais sociais os investimentos públicos, não em volume, mas em percentuais não é tão díspar frente aos países em que esses direitos fazem parte de um rol no texto constitucional, e não revelaram significativos aumentos em nenhum dos casos. Para além do investimento países como Canadá e Nova Zelândia possuem melhores índices educacionais que Brasil, México e África do Sul.

No Brasil a questão dos direitos fundamentais e sua concretização por políticas públicas que dependem de investimentos, com vistas a redução do vão abissal entre as classes sociais, sofrerá limitações em virtude da aprovada PEC 55, que poderá, em linhas gerais impossibilitar o aumento desses investimentos, algo tão necessário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Jose Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de1976.** Coimbra: Almedina, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004

CANOTILHO, J.J. GOMES, CORREIA, Marcos Orione Gonçalves, CORREA, Erica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes *in* PIOVESAN, Flavia. **Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano.** Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/28340/004_piovesan.pdf?sequence=5. Acesso em: 12 mar. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Metodologia Fuzzy e "camaleões normativos" na problemática atual dos direitos sociais, econômicos e culturais"***in* Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2007

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights.** Nova Iorque: W.W Norron & Company, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_252.pdf. Acesso em: 10 mar. 2017

PIOVESAN, Flavia *in* CANOTILHO, J.J. GOMES, CORREIA, Marcos Orione Gonçalves, CORREA, Erica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saú-

de: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Salvador: Revista Diálogo Jurídico. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf. Acesso em 10 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis1 Right to social benefits in times of crisis**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/180996053/01-Ingo-Wolfang-Sarlet-Derechos-Sociales-Prestaciones. Acesso em: 08 mar. 2017

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas públicas**. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-judiciario_e_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 10 mar. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 15 dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O FINANCIMANENTO COLETIVO – UMA ANÁLISE ATRAVÉS DO CONCEITO DE DÁDIVA

Melissa Breves Falcão

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a efetivação do direito fundamental à saúde de forma extrajudicial, através do financiamento coletivo e associado à teoria da dádiva de Marcel Mauss. Para tanto, o trabalho foi dividido em três momentos.

Em um primeiro momento, traz uma análise do direito fundamental à saúde à luz da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional sobre o tema, em especial a Lei 8080/90, que regulamentou o Sistema Único de Saúde. Traz, ainda, perspectivas sobre a obrigação estatal de fornecer toda e qualquer prestação em saúde ao cidadão, considerando-se o princípio da universalidade.

Ademais, aborda alguns aspectos relacionados ao protagonismo do Judiciário no acesso às prestações em saúde, buscando destacar as distinções entre judicialização e juridicização e verificando, ainda, outras estratégias de efetivação do direito à saúde.

Posteriormente, por meio de uma perspectiva interdisciplinar, traz o conceito de dádiva ou dom, inicialmente proposto por Marcel Mauss, buscando associá-lo e aplicá-lo aos financiamentos coletivos –*crowdfunding* em direito à saúde. Utilizou-se, ainda, da concepção de sociólogos atuais sobre a dádiva, em especial, Paulo Henrique Martins quando trata da dádiva baseada no amor ágape, na qual o doador possui motivações para além de recompensas materiais específicas.

De modo a sustentar as afirmações acima e atingir os objetivos propostos, realizou-se uma pesquisa empírica na plataforma "www.kickante.com.br", especialmente na categoria "saúde e bem-estar", no dia 17 de janeiro de 2017. Ao realizar essa análise, primeiramente buscou-se filtrar os dados, para se chegar aos pedidos de financiamento que diziam respeito propriamente ao direito à saúde e que haviam atingido a meta inicial pretendida.

Ao final, busca-se trazer uma conclusão que demonstre a aplicação da mencionada teoria, bem como analisar se os financiamentos coletivos são uma forma extrajudicial eficaz de acesso aos serviços de saúde.

1. O DIREITO À SAÚDE: CONCEITO, AMPLITUDE E EFETIVAÇÃO

O direito à saúde é um direito fundamental social, garantido pelos artigos 6º, 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

O artigo 6º inclui em sem rol o direito à saúde como um direito fundamental social, possuindo, deste modo, aplicabilidade imediata, conforme dispõe o §1º do artigo 5º do texto constitucional.

Nos moldes do artigo 196 da Carta Magna, *"a saúde é um direito de todos e dever do Estado*[131]", ao qual incumbe a ado-

131. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

ção de medidas para sua efetivação, sempre buscando a ampliação das ações e dos serviços a toda a população, nos quais se incluem medidas de promoção, proteção e recuperação.

Extrai-se do termo “direito de todos e dever do Estado” a pretensão de universalizar o direito, de modo a atingir toda a população brasileira e proporcionar os mais variados tratamentos e serviços em saúde, surgindo, então, desafios para a concretização desse direito. Desse modo,

> Os desafios que se impõem são dos mais diversos, pois variam desde a complexidade de se formular um arranjo de recursos e investimentos que torne as ações em saúde uma prerrogativa efetiva de todos até uma discussão a respeito das prioridades em termos de medicamentos, exames e tratamentos. (ASENSI, 2013, p. 134)

Ademais, o objetivo de universalizar constituiu-se em um dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) previstos no artigo 7º da Lei 8080/90, determinando seu inciso I que as ações em serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados ao SUS devem obedecer, dentre outros, ao princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde eu todos os níveis de assistência.

No que tange à amplitude do conceito de direito à saúde, verifica-se que esse não se limita à ausência de doenças, tratando-se de um complexo bio-psico-social, o que remete à necessidade de implementação pelo Estado das mais variadas prestações e serviços nesse âmbito. Tais medidas devem incluir toda a população, com a participação de profissionais de saúde variados, afastando-se de uma visão medicalizada de saúde. Nesse sentido, ressalta Felipe Dutra Asensi (2013, p 90):

> De fato, a saúde não se reduz à mera ausência de doença, pois envolve aspectos que se encontram relacionados ao bem-estar físico, mental e social. Isso traz um desafio ainda mais complexo para as instituições jurídicas, pois se torna fundamental promover uma visão desmedicalizada da saúde, que deve considerar o paciente enquanto ser humano inserido em um contexto social específico e com subjetividades singulares.

Centralizar os cuidados em saúde na categoria "doença", de modo que outros fatores sejam desconsiderados, gera demasiado enfoque na medicina curativa, nas tecnologias, esquecendo-se de prestigiar "*toda a dinâmica social e subjetiva que dá de fato sentido à existência humana*" (CAMARGO JR, 2007, p. 64). Essa situação é muito verificada na prática dos cuidados em saúde, muito embora haja respaldo normativo e doutrinário para considerar essa concepção ampliada e desmedicalizada de saúde como a mais adequada para a efetivação plena desse direito.[132]

Ademais, o direito à saúde é caracterizado pela sua transversalidade, perpassando por outros direitos individuais e sociais; está embrionariamente ligado ao direito à vida e ao princípio basilar da dignidade humana.

A ideia de transversalidade encontra-se presente na Lei 8080/90, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, regulando, ainda, o Sistema Único de Saúde. Assim, o seu artigo 3º traz as seguintes condicionantes e determinantes dos níveis de saúde, em um rol não-exaustivo: alimentação, moradia, saneamento básico,

132. Vale destacar, no entanto, que "*as críticas a esse modelo reducionista não negam a importância de se disponibilizar um conjunto de técnicas, equipamentos e insumos (recursos técnicos e científicos) para atender às questões de saúde (...)*". VENTURA, et al. *Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde.* Physis: Revista de Saúde Coletiva, 2010. p. 77-100. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006. Acesso em janeiro de 2017.

meio ambiente, trabalho, renda, educação, atividade física, transporte, lazer e acesso aos bens e serviços essenciais[133].

Cabe ressaltar, ainda, a concepção de saúde trazida por Dallari (1988, p. 59) que, enquanto direito individual, privilegia a liberdade, sendo as pessoas livres para escolher, dentre as alternativas ofertadas, qual é a mais adequada[134]. Há, ainda, os aspectos sociais extraídos do direito do direito à saúde, privilegiando a igualdade e, sendo assim, "ninguém pode impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer", abrangendo também a ideia de que "a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam (...)".

Logo, a concepção ampliada de saúde, aliada à transversalidade do direito e ao seu propósito de universalização, traz o panorama ideal do direito à saúde no Brasil, devendo delinear a atuação do Poder Público na elaboração de políticas públicas relacionadas em todas as esferas de Governo.

Ocorre que nem sempre o Poder Público atua de maneira satisfatória na prestação do direito à saúde para todos aqueles que necessitam de cuidados, utilizando-se do argumento da escassez de recursos. Por conseguinte, as demandas judiciais, em especial individuais, pleiteando a prestação de algum serviço em saúde perpassam desde simples medicamentos a tratamentos mais complexos.

Deste modo, o Poder Judiciário entra como ator privilegiado e tem influenciado, inclusive, na implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, sendo relevante instrumento de reivindicação de direitos[135].

---

133. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em janeiro de 2017.

134. Nesse aspecto aduz a autora que *"(...) unicamente no estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento".*

135. Sobre a influência do Poder Judiciário na formação das políticas públicas, conferir: TAYLOR, M. M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Revista de Ciências

Há interpretação no sentido de que a necessária gratuidade dos serviços de saúde ofertados pelo SUS é extraída da Lei 8080/90 e não da Constituição Federal. Nessa linha de entendimento, algumas limitações seriam propostas a esse dispositivo, na medida em que nem todo e qualquer tratamento ou medicamento deveria ser propiciado de maneira gratuita ao cidadão, mas tão-somente aqueles respaldados pela Lei 8080/90. Para que sejam concedidos serviços em saúde não previstos na referida legislação, seria preciso a comprovação de miserabilidade pelo demandante na ação judicial, sob pena de ser ferir a universalidade pretendida pela Constituição Federal. (HENRIQUES, 2008, p. 831)

Sob a ótica do princípio da igualdade, destaca Fátima Vieira Henriques (2008, p. 832):

> (...) se a igualdade de acesso e assistência fosse levada a sério, demandas judiciais individuais por medicamentos importados ou tratamentos médico-cirúrgicos no exterior extremamente custos dificilmente teriam sucesso, na medida em que, ante seu usualmente altíssimo impacto orçamentário, impossível conceder tais providencias a todos os pacientes que viessem a postulá-las.

Embora em determinados casos tais argumentos possam ser invocados como uma tentativa do Poder Público de se eximir da obrigação constitucional de prover o direito à saúde, não é esse o entendimento que vem prevalecendo na doutrina e jurisprudência, tendo em vista a pretensão de universalizar o direito a saúde que pode ser xtraída do artigo 196 da Carta Magna, conforme mencionado.

Sociais, Rio de Janeiro, vol. 50, nº 2, 2007, p. 229-257.

No que se refere às estratégias institucionais de efetivação do direito à saúde no Brasil, verifica-se que essas não se restringem à esfera judicial. Trata-se de consequência dos compromissos constitucionais assumidos pelo Estado no que tange à efetivação de direitos e ao amplo rol de direitos sociais presentes na Carta Magna, caracterizados por prestações positivas.

Assim, cabe destacar as diferenças entre judicialização e juridicização, sendo a primeira os conflitos políticos sociais que são levados para a solução através do Poder Judiciário e a segunda os conflitos que são discutidos juridicamente fora do âmbito do Judiciário, sobretudo em ocasiões não processuais (ASENSI, 2013 p. 136).

A maioria dos estudos relativos ao tema voltam seus olhares para a atuação do Judiciário, ou seja, sobre judicialização, subvalorizando as demais instituições, e transformando tal Poder em um verdadeiro profeta que delimitaria a interpretação, extensão e efetividade dos direitos, conforme desenvolve Felipe Dutra Asensi (2011 p. 128):

> A centralidade teórica e metodológica do Judiciário nas reflexões contemporâneas pode contribuir para um verdadeiro "apequenamento" da relevância institucional da advocacia, Ministério Público e Defensoria Pública, além de confundir o direito com o Judiciário ou, mais propriamente, com os entendimentos e concepções construídas no interior da dinâmica social.

Essa valorização do Judiciário, segundo o autor, transformou-se em uma "profecia que se autocumpre", uma vez que alguns enunciados de fortalecimento influem na ação dos indivíduos, pois esses os consideram verdadeiros e praticam suas ações baseados neles.

Portanto, haveria, em verdade, um movimento inverso do que se poderia deduzir mediante a análise dos fatos: a centralidade do Judiciário na resolução de conflitos não teria ocorrido pela prática dos atores sociais, mas sim pela crença propagada socialmente de que tal Poder seria o principal e mais efetivo ator institucional na resolução de conflitos e na concessão de direitos, destacando-se o direito à saúde que está sendo tratado no presente artigo. Logo, o fortalecimento e protagonismo do Poder Judiciário teria ocorrido antes mesmo da prática social assim estabelecer (ASENSI, 2011, p. 129).

A referida crença social também pode interferir em outras estratégias extrajudiciais de efetivação do direito à saúde como, por exemplo, a utilização de plataformas de financiamento coletivo, o que será abordado em tópico específico.

2. A DÁDIVA, O FINANCIAMENTO COLETIVO E O DIREITO À SAÚDE

A noção de dádiva, também chamada de dom, foi desenvolvida inicialmente por Marcel Mauss em parte de sua obra de sociologia e antropologia denominada "Ensaio sobre a Dádiva" e abrange três obrigações: dar, receber e retribuir.

O autor traz os três conceitos baseados no potlach do noroeste americano, que consiste em um sistema de prestações totais de tipo agonístico que era praticado pelas tribos. Trata-se de trocas que inicialmente poderiam ser vistas como voluntárias, mas que possuem uma obrigatoriedade na retribuição, sob pena de desencadear uma guerra, estando, portanto, intrinsicamente ligadas à rivalidade entre as tribos (2003, p. 191).

A prestação total existe porque todo clã contrata através do seu chefe, sendo *"essencialmente usurária e suntuária, e assiste-se antes de tudo a uma luta dos nobres para assegurar entre eles uma hierarquia que ulteriormente beneficiará seu clã".* (MAUSS, 2003, p. 192).

Ademais, a dádiva não inclui apenas presentes, mas também visitas, festas, comunhões, esmolas, heranças, dentre outros, baseando-se no entendimento de que a vida social se desenvolve pela dinâmica constante do dar e receber (LANNA, 2000).

A teoria da dádiva poderia ser utilizada para explicar diversos fenômenos sociológicos atuais, mas não há uma adesão predominante dos cientistas sociais. Pode-se apontar como uma das causas que tal teoria seja subestimada a preponderância do utilitarismo econômico, segundo o qual todos os indivíduos são egoístas e agem tão-somente de acordo com o próprio interesse, sentido esse que prejudica a propagação da teoria do dom (MARTINS, 2016, p 27).

Na visão de Paulo Henrique Martins, que ampara a presente análise sobre financiamentos coletivos em direito à saúde, a teoria de Mauss, adaptada à sociedade contemporânea, encontra-se ampliada na dádiva baseada no amor ágape, consistente no amor despretensioso. Por esse vértice, a dádiva abrangeria a doação a estranhos, na qual a recompensa para o doador seria a liberação de seu distanciamento pelo estranho. A esse aspecto, poder-se-ia associar a ideia do "sair de si", que já havia sido abordada pelo autor, a qual estabelece que "*(...) o viver em sociedade obriga a todos, mesmo os mais introvertidos e reticentes, a construir relacionamentos para sobreviver, implicando em riscos inevitáveis*" (MARTINS, 2016, p. 27-29).

Partindo desse pressuposto, pode-se inferir que a estratégia de efetivação de prestações de saúde por meio do financiamento coletivo contaria com essa ideia de que os atores sociais precisariam participar de novos instrumentos tecnológicos para que possam ser socialmente aceitos.

Outra motivação determinante que poderia explicar a adesão aos financiamentos coletivos relativos à saúde é que, via de regra, não possuem qualquer tipo de retribuição material,

seria a expectativa criada para o doador de que em situação semelhante também seria amparado, uma vez que o ciclo dar-receber-retribuir é renovado continuamente, criando-se um vínculo permanente (LIMA, 2007).

A continuidade e a perpetuidade da dádiva também é desenvolvida por Mauss na epígrafe do Ensaio, sendo uma sociologia do símbolo e da comunicação (LANNA, 2000, p. 176):

> (...) ao receber alguém estou me fazendo anfitrião, mas também crio, teórica e conceptualmente, a possibilidade de vir a ser hóspede deste que hoje é meu hóspede. A mesma troca que me faz anfitrião, faz-se também um hóspede potencial. Isto ocorre porque "dar e receber" implica não só uma troca material, mas também uma troca espiritual uma comunicação entre almas.

Assim, o espírito do doador seria transmitido com o objeto, que estabelece *"(...)um vínculo com o outro: um compromisso, uma lealdade, um crédito futuro para a retribuição, que atravessa tempos e gerações".* (LIMA, 2007).

Oportuno lembrar que mesmo na dádiva fundada no amor ágape há uma certa obrigatoriedade, pois, segundo Martins (2016, p. 28), *"toda a ação por mais livre que seja gera expectativas e obrigações mútuas"* que viriam em forma de agradecimentos ao doador por parte do destinatário da doação.

Os financiamentos coletivos para efetivação do direito à saúde poderiam ser enquadrados nessa noção de dádiva, na qual a retribuição não viria através de uma contraprestação material específica, mas possui um sentido simbólico profundo, uma vez que o doador esperaria ao menos um agradecimento pela sua ação e também estaria firmando um compro-

misso futuro com o donatário de que em situação semelhante teria a retribuição esperada.

3. MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DE ACESSO AO DIREITO À SAÚDE E FINANCIAMENTO COLETIVO: UMA ANÁLISE PRÁTICA

O presente estudo foi realizado com base em uma plataforma de *crowdfunding*, ou seja, financiamento coletivo, categoria do gênero crowdsourcing, conceito novo, moderno, utilizado pela primeira vez na edição de junho de 2006 da revista Wired Magazine. Trata-se de uma atividade online na qual grupos de pessoas, ONGS ou pessoas individuais fazem uma oferta geral sobre algo convidando pessoas a se comprometerem voluntariamente ou por meio de um benefício a uma determinada tarefa (MONTEIRO, 2014, p. 9).

Logo, o financiamento coletivo – *crowdfunding "é um fenômeno virtual que tem o propósito de financiar de forma colaborativa projetos variados, podendo ser culturais, pessoais, sustentáveis ou a criação de um produto. Esses projetos podem ter uma variação enorme de meta de financiamento, tipo e grandeza,"*(MONTEIRO, 2014, p. 24). Verifica-se que esse tipo de financiamento possibilita que um projeto, por muitas vezes inviável individualmente, possa ser concretizado através do auxílio de diversas pessoas, que contribuem com pequenos valores.

Assim, foi realizada uma pesquisa, especificamente no site kickante, no dia 17 de janeiro de 2017, quando foi analisada a categoria "Saúde e Bem-Estar" e buscou aplicá-la, ainda que de modo parcial à teoria da dádiva desenvolvida por Marcel Mauss, aliando-se a uma concepção ampla de acesso à justiça extrajudicial.

Nessa ocasião, foram enquadrados dentro de tal categoria 344 casos, buscando-se primeiramente selecionar aqueles que de fato se relacionavam especificamente à saúde, seperando-os dos demais. Desses 344 casos, apenas 19 casos realmente estavam ligados à saúde e atingiram a meta, ou seja, 5% dos casos receberam o auxílio necessário para a realização do objetivo.

A lista abaixo apresenta os 19 pedidos que tiveram a meta atingida ao final e que versavam propriamente sobre direito à saúde, sejam pedidos individuais ou coletivos:

1- Eduardo guerreiro – despesas pós-cirurgia de medula óssea

2- Vamos ajudar a Izanir – tratamento pós-hospitalar

3- Ajude a Duda – insuficiência renal

4- "Uma órtese para nosso amigo Jairo!!"

5- FORÇA VANESSA, ESTAMOS JUNTOS!!! -

6- Ajude a Juju a não perder a visão

7- Pedido de ajuda para a Sol - realização de cirurgia no ovário

8-Mais Vida para Ana Clara

9-Todos pela Ana: contribua para mudar vidas!

10-Realizando um sonho: voltar a andar

11- Ajude a Mari - Ajude a Mari a fazer as primeiras sessões de quimioterapia com um novo medicamento.

12- Ajude o Ivan Ivan,29 anos, portador de uma doença inflamatória no intestino e precisa ajuda para bancar seu tratamento e voltar a ter uma vida normal

13-SOS Fabiana Maia: ajude a Fabi a ajudar o mundo

14- Uma voz para o Henrique - O Henrique é um guerreiro, portador de Esclerose Tuberosa e Autismo, que precisa de ajuda urgente para fazer as terapias cruciais nesse momento da vida dele.

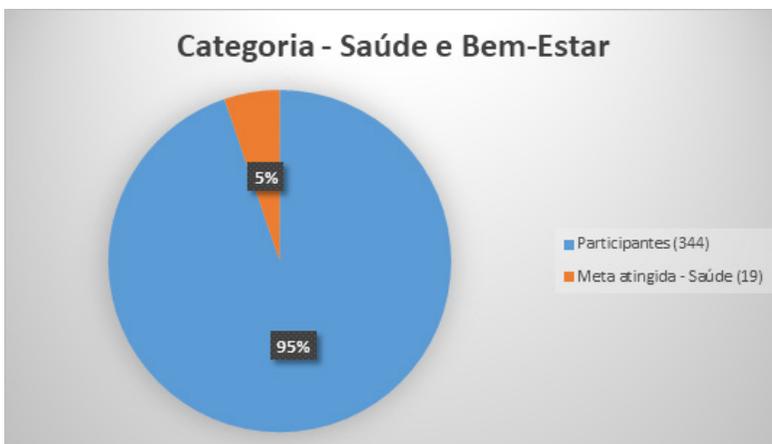
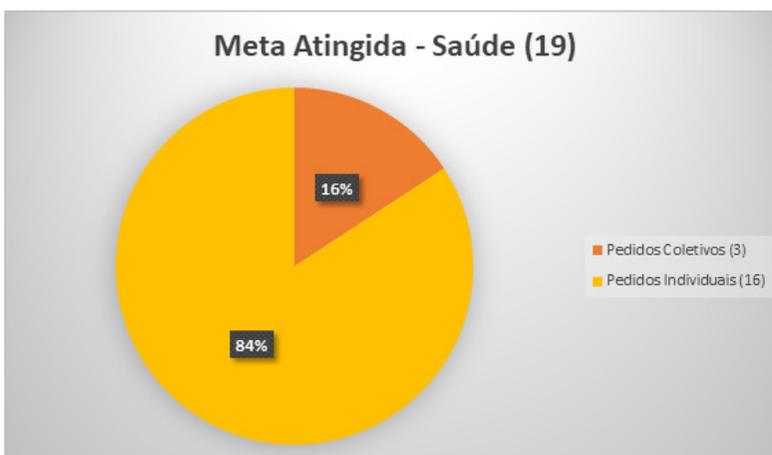
15- Vamos ajudar o Breno e a Paula? O Breno tem 13 anos e está com sarcoma na tíbia, está internado para quimioterapia e cirurgia para colocação de prótese e precisa de ajuda financeira!

16- Uma mãozinha para a Manu - Manu é uma linda menina que nasceu sem a mão e o antebraço direitos. A prótese adaptável ao seu caso é importada e custa U$50mil. Vamos ajudá-la neste sonho?

17- Let's MOVE MRJT – ações de combate ao sedentarismo

18- Reconstrução de Picadeiro Coberto EQUOTERAPIA

19- Pró-Rim: Máquina para salvar vidas - Abrace a campanha da Fundação Pró-Rim para a compra de uma nova máquina de hemodiálise. São mais de 1000 pacientes renais que dependem desse tratamento

A tabela a seguir, por sua vez, demonstra em percentual as propostas de financiamento que tiveram sua meta atingida, considerando-se o total de 344 pedidos encontrados na categoria saúde e bem-estar:

Posteriormente outra análise foi feita, agora com relação aos pedidos coletivos e individuais, podendo-se concluir que dos 19 casos, 3 eram pedidos coletivos, o que corresponde a 16% do total e 16 são individuais, correspondendo aos 84% restantes.

Um fato que chama a atenção é que o próprio site oferece mecanismos de divulgação em redes sociais, o que ajuda

na propagação das causas, mas ainda assim apenas 5% dos pedidos de financiamento em direito à saúde obtiveram êxito na meta pretendida, o que demonstra que ainda não se trata de uma estratégia eficaz de efetivação da saúde.

Ademais, uma questão que deve ser destacada é com relação a um dos pedidos de financiamento: o caso *"SOS Fabiana Maia: Ajude a Fabi a ajudar o mundo"*. Diferentemente dos demais pedidos relacionados à efetivação de prestações em saúde, nos quais as motivações dos doadores transcendem as questões materiais, esse oferece 35 recompensas às pessoas que contribuem com a causas, variando de acordo com o valor da contribuição e vão desde a sessões de *coaching* à realização de massagens. Assim, a cada valor é atribuído um tipo de recompensa, destacando-se nesse caso a reciprocidade material do sistema de dádiva - e não simbólica, como ocorre nas contribuições em que não há qualquer tipo de recompensa material.

Observou-se ao final da pesquisa que embora as plataformas de financiamento coletivo estejam em ascensão no Brasil, essa não é uma estratégia eficaz de efetivação do direito à saúde, ao menos na plataforma analisada, podendo-se inferir que as estratégias institucionais para efetivar prestações em saúde ainda é a mais utilizada, em especial o Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O direito fundamental à saúde, sendo "direito de todos e dever do Estado" deve ser provido a todos que precisarem das mais diversas prestações em saúde. Ocorre que o Estado, por muitas vezes, alegando escassez de recursos, não consegue atender às demandas da população, que precisa se utilizar de outros meios para ter suas necessidades em saúde concretizadas.

Assim, entrou em cena a figura do Poder Judiciário, considerado protagonista quando se trata em efetivação do direito

à saúde, especialmente através de pleitos individuais que versam sobre medicamentos, internações, tratamentos e que, em regra, não foram atendidos pela via administrativa.

Ressaltou-se, contudo, que o fortalecimento desse Poder não ocorreu necessariamente após o aumento no acesso pela população, não se excluindo, portanto, o movimento inverso que transformou o Judiciário em uma "profecia que se autocumpre".

Buscando analisar quais são as estratégias utilizadas pelos indivíduos para a concretização de prestações em saúde, fez-se uma abordagem através da teoria da dádiva ou dom de Marcel Mauss, consistente nas premissas "dar-receber-retribuir". Essa teoria, embora pouco utilizada para explicar os fenômenos sociológicos por conta da predominante perspectiva utilitarista, poderia se adequar à explicação do fenômeno dos financiamentos coletivos, considerado incialmente pela presente pesquisa um mecanismo extrajudicial em potencial para efetivação do direito à saúde.

Através da pesquisa empírica realizada no site de financiamento coletivo "Kickante" e da especulação quanto à motivação daqueles que financiam os pedidos em saúde, verificou-se, ao final, que embora as plataformas de financiamento coletivo estejam em ascensão no Brasil, essa não é, atualmente, uma estratégia eficaz de efetivação do direito à saúde, ao menos na plataforma analisada. Assim, poder-se-ia inferir que os indivíduos ainda se utilizam de estratégias institucionais para efetivar prestações em saúde, em especial o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização da Saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios.* In NOBRE, Milton Augusto de Brito. SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 85-110.

______. *O direito, o juiz e as profecias que se autocumprem*. In: Sérgio Guerra. (Org.). Transformações do Estado e do direito: Novos rumos para o Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, v. 2, p. 125-150.

BRASIL. *Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em janeiro de 2017.

______. *Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em janeiro de 2017.

CAMARGO JR, Kenneth Rochel de. *As armadilhas da Concepção Positiva de Saúde.* Physis: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, nº 76, 2007. p. 63-76.

DALLARI, S. G. *O direito à saúde.* Revista de Saúde Pública, vol. 22, nº 1, 1988. p. 57-63.

HENRIQUES, Fátima Vieira. *Direito Prestacional à Saúde e atuação jurisdicional.* In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Sociais:* Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 827-858.

LIMA, Vilma Soares de. *Dádiva da saúde: voluntariado e relação médico/paciente.* XIII Congresso Brasileiro de Sociologia. Recife: UFPE, 2007.

LANNA, Marcos. *Notas sobre Marcel Mauss e o Ensaio sobre a dádiva.* Revista Sociologia Política. Curitiba, nº 14, junho de 2000. p. 173-194.

MARTINS, Paulo Henrique. *A dádiva como sentimento e prática:* desafios do agir amoroso no mundo da vida e dos sistemas. Revista Realis. nº 1,vol. 6, Jan-Jul, 2016. p. 22-49.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia.* Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MELO, Marina Félix. *A percepção da Teoria da Dádiva em um modelo contemporâneo de fazer sociológico.* Revista Espaço Acadêmico. nº 111, agosto de 2010. p. 36-43.

MONTEIRO, Mônica de Carvalho Penido. *Crowdfunding no Brasil: uma análise sobre a motivação de quem participa.* Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas para a obtenção do grau de mestre. Rio de Janeiro, FGV, 2014.

TAYLOR, Matthew. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil.* Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 50, nº 2, 2007, p. 229-257.

VENTURA, et al. *Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde.* Physis: Revista de Saúde Coletiva, 2010. p. 77-100. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006. Acesso em janeiro de 2017.

EDUCAÇÃO E ESCOLA: ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Michelle Asato Junqueira
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci

> *"(...) A história da educação, eu imagino, poderia ser dividida entre tentativas para consertar, melhorar, modernizar esse modelo. E tentativas inspiradas na velha sabedoria de que "não é possível colocar remendos de pano novo em tecido podre", e por isso tratam de procurar um modelo novo. Muitos têm sonhado esse sonho. Ivan Illitch [educador, 1926-2002], creio que na década de 70, chegou a sugerir que as escolas fossem totalmente abolidas e substituídas por algo semelhante a um supermercado de saberes, abertas a todos os que quisessem aprender."*
>
> *(Rubem Alves)*

INTRODUÇÃO

Resgatar o contexto histórico e filosófico da educação, bem como discutir o papel da escola no Estado Social e Democrático

de Direito é essencial, na medida em que são esses os elementos que contribuirão tanto para a estruturação do Estado, uma vez que o próprio texto constitucional configura que a educação é essencial para a formação da cidadania, esta expressa entre os fundamentos do artigo 1º da Constituição Federal, bem assim porque a educação e a escola são inafastáveis quando se busca o cumprimento dos objetivos do artigo 3º da Constituição Federal, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades regionais.

Nesta linha, o presente trabalho se desenvolve pautado no método dedutivo de caráter exploratório, utilizando-se de metodologia de procedimento eminentemente bibliográfico sob a abordagem qualitativa.

1. A EDUCAÇÃO. CONCEITOS.[136]

O substantivo educação, relacionado ao verbo educar, é derivado de dois vocábulos latinos *educare* e *educere*. Diante da duplicidade de vocábulos, temos também a duplicidade de conceitos, a duplicidade de correntes psicológicas ligadas à pedagogia e, ainda, uma infinidade de definições e aplicações para a palavra educação.

Educare, está ligado ao desenvolvimento da capacidade do ser humano a fim de desenvolver a sua personalidade, relacionando-se com o ambiente externo que influencia a formação do indivíduo. Nos estudos de pedagogia da modernidade, é o contexto de educação adotado na teoria do ambientalismo[137].

---

136. Os tópicos 1 e 2 foram desenvolvidos com base nas obras: MANACORDA, 2010; MONROE, 1978; MALISKA, 2011 e MUNIZ, 2002.

137. Na teoria do ambientalismo o homem nasce como uma página em branco a ser preenchida pela experiência e desenvolve seus conhecimentos, características e valores a partir do que está disponível no meio em que vive. Os fatores internos não são negados, mas são considerados desnecessários para a aprendizagem e o desenvolvimento humano. Dentro deste contexto, B.F. Skinner, propositor das ciências do comportamento, indica que os alunos reagem de conformidade com os estímulos exteriores que recebem.

Por outro lado, com relação ao *educere,* o mais importante neste processo é a capacidade interior do indivíduo, o seu dinamismo. A corrente psicológica do inatismo[138], adotada em pedagogias não-diretivas[139] inspiradas por Carl R. Rogers.

Sendo assim, temos que educação é a combinação dos duas derivações. Para educar-se é preciso o ambiente externo e o interno. Além de receber os estímulos exteriores é indispensável uma auto-transformação.

Educação é aprender, mas é também interagir, construir, integrar.

Educar, por ser um verbo intransitivo, não aceita limitações, tal como viver. Não é delimitado ou dependente quer do objeto direto ou do indireto, mas pode receber adendos, tal como o complemento nominal, o adjunto adverbial ou o adnominal.

Estes adendos são as influências na formação do indivíduo: a família, a escola, os amigos, os meios de comunicação etc.

No que se refere às aplicações do vocábulo educação também não há dúvidas das diversas formas em que é utilizado, quer no sentido de boas maneiras, de formação acadêmica, de extensão cultural.

O que é, sem dúvida, inquestionável é que a educação é sempre algo que acrescenta, que melhora o indivíduo, que o transforma.

Juridicamente, entendemos que mais do que um direito social, garantido constitucionalmente, a educação é um direito fundamental, irrenunciável e inafastável, bem assim deve ser harmonizado em face dos demais direitos fundamentais.

Por outro lado, a título ilustrativo, vale mencionar o salientado por Renata Rocha GUERRA (1996, p. 60), no sentido de

---

138. O pressuposto básico do inatismo é que a maneira de agir, interagir e sentir é própria do homem desde o nascer e poucas mudanças ocorrem no decorrer da vida. O desenvolvimento não depende de ações exteriores.

139. Nas pedagogias não-diretivas deve ser dada especial atenção às motivações, interesses e às necessidades dos alunos para fazer emergir os conhecimentos e qualidades já inerentes à pessoa.

que há de se distinguir do conceito de educação, conceitos afins como o de “instrução”, “ensino” e “aprendizagem”, que embora relacionados, são conceitos mais estreitos, ligados intimamente ao processo de apreensão do conhecimento.

Neste ponto, vale transcrever o conceito de educação de Émile Durkheim:

> A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver na criança certo número de estados físicos, intelectuais e morais reclamados pela sociedade política no seu conjunto e pelo meio especial a que a criança, particularmente se destina (DURKHEIM, 2001, p. 52).

Acrescente-se que a educação não se limita às crianças, pois é tarefa a todo e qualquer ser humano, que nunca se encontrará totalmente apto para todas as situações da vida.

2. EVOLUÇÃO FILOSÓFICA E HISTÓRICA DA EDUCAÇÃO

A educação, nos povos primitivos, tinha uma especial particularidade - operava por meio da imitação. Os mais novos observavam o comportamento dos adultos e agiam como eles, espontaneamente. Não havia qualquer forma de organização ou hierarquia. A função de educar era de toda a comunidade.

Todavia, com a disseminação da religião, dos cultos e da magia e, consequentemente, o surgimento das cerimônias religiosas, nem todo o conhecimento era expandido a todos, alguns, particularmente, eram destinados só para alguns jovens, os eleitos, em geral, descendentes dos dominantes da tribo.

Na antiguidade, encontraremos os primeiros e grandes sinais da filosofia no desenvolvimento da educação.

Quando nos deparamos com a educação grega, podemos dividi-la em três períodos (GUERRA, 1996, p. 16): o homérico, o cívico e o helenístico. Contudo, vale frisar que há uma característica atribuída a todas elas, a educação era destinada exclusivamente aos gregos, aos livres (em um contexto histórico onde a escravidão era ampla, isso simbolizava a exclusão de 9/10 da população).

O período homérico visava a formação do guerreiro, valorizava o preparo físico e conhecimentos de dança, oratória, música e armas, uma vez que era direcionada aos que exerceriam o comando.

O segundo período denominado cívico, relaciona-se ao surgimento das cidades-Estados, onde se destacam Atenas e Esparta.

Em Esparta, o objetivo era a formação de um soldado ideal, com um corpo físico perfeito e uma obediência irrestrita às leis. As crianças eram retiradas de suas casas aos sete anos e o treinamento era todo custeado pelo Estado.

Atenas, ao contrário, visava uma formação familiar, o primeiro estágio de educação era confiado aos pais e o segundo às escolas particulares, que incentivava o ensino da música e da literatura.

O período helenístico, por fim, iniciado após o domínio macedônico sobre a Grécia dá início ao período mais rico da construção filosófica grega.

De início temos os sofistas, reforçando a educação para a oratória e o debate e fincando a ideia de que cada homem vê o mundo ao seu modo. A educação não era considerada um direito, mas era através dela que o homem se tornava melhor.

É porém, com Sócrates, Platão e Aristóteles que nos deparamos com as maiores contribuições da Idade Antiga[140].

---

140. Sócrates afastou a idéia individualista do conhecimento e passou a entendê-lo de

Na era romana, a educação, que em sua origem era familiar e com o objetivo de resguardar a cultura dos antepassados, visava a formação do bom cidadão e a expansão da língua e do direito fortaleciam o Império.

Porém, a decadência do Império Romano, em virtude das invasões bárbaras, marca o início do período feudal, caracterizado pelo fortalecimento da Igreja e do Cristianismo.

Até o surgimento do Cristianismo, o Estado estava sempre acima do indivíduo. Contudo, na doutrina cristã, o homem deve buscar a felicidade e a educação tem por finalidade a formação da personalidade humana. Ainda, a Igreja adota a teoria da escolha divina como justificação do poder e, como fundamento busca o crescimento espiritual pautado na fé em Deus, afasta-se, desta forma, da intelectualidade para aproximar-se da elevação moral, lastreada pela fraternidade e igualdade.

É na Idade Média, dominada pela Igreja, que se mostra superior ao Estado, é que surgem os mosteiros[141] e as escolas catedrais e as de cavaleiros[142], a educação deixa de ser uma preocupação estatal[143].

O pensamento, portanto, nesta fase histórica, é dominado pela Patrística e pela Escolástica.

---

forma mais democrática, ou seja, o conhecimento, obtido através da conversa e da reflexão, é universal e objetiva o desenvolvimento da capacidade de pensar, porém, a educação, conceito mais amplo, é atividade individual, relacionada ao "conhecer a si mesmo". Para Platão, todavia, o homem que adquire o conhecimento jamais voltará ao estado anterior da ignorância. Porém, na concepção de Platão, o conhecimento é algo lento e doloroso, que se concretizará através da força de cada um em conhecer a verdade. A educação não é um direito, mas uma fórmula para se alcançar a felicidade do indivíduo e o bem-estar do Estado.
Aristóteles, alicerçou a idéia de Platão. A finalidade da educação é a felicidade, onde se assenta a Justiça, já que esta não existe sem o bem-estar. Alerta, ainda, aos governantes acerca da necessidade de zelar pela legislação educacional. Porém, excluía os escravos da educação, já que estes não poderiam ser cidadãos.

141. Os mosteiros tinham por finalidade a educação infantil e incumbiam-se do ensino da leitura, principalmente das Sagradas Escrituras, e da escrita, bem como as atividades artísticas e agrícolas.
Foi do Mosteiro de Salermo que surgiu a primeira escola interessada no estudo da Medicina.

142. As escolas catedrais destinavam-se à formação dos futuros sacerdotes, enquanto as escolas de cavaleiros era uma instituição de caráter militar.

143. É na Idade Média (século XII) que surgem as primeiras Universidades.

Na Patrística, onde se destaca Santo Agostinho, Deus é o verdadeiro mestre que leciona dentro de nossa alma e, sendo assim, o saber é nato, a educação visa somente o despertar da "virtude".

Por sua vez, a Escolástica, representada por Santo Agostinho e também por Santo Tomás de Aquino, o homem possui um fim natural e deve fazer o uso da razão para atingi-lo. Como o saber é próprio da natureza humana, a função dos mestres é realizar a ciência em seu discípulo. A lógica e a filosofia são transportadas para a questão religiosa.

Por volta do ano de 1350 marca-se o início do Renascimento na Europa e com ele novas concepções de ordem cultural e filosófica. O pensamento renascentista ficou conhecido como humanismo que privilegiou principalmente os estudos da literatura, da história e da ética. Embora constitua um momento histórico de extrema relevância, no campo educacional os avanços culturais restringiram-se á aristocracia.

O Renascimento abriu as portas para a Reforma Protestante e a ruptura com a Idade Média, iniciando a chamada Idade Moderna.

Com a Idade Moderna, expande-se a educação popular. Martinho Lutero, ícone do Protestantismo, pregava a criação de escolas públicas, que deveriam ser administradas pelo próprio Estado. A intenção de Lutero era difundir o conhecimento a fim de que todos os homens pudessem interpretar e ler a Bíblia por si mesmo, paradoxalmente, porém, pregava o ensino da língua mãe, afastando-se do latim. Defendia, outrossim, programas de curta duração, visando a formação administrativa da sociedade (homens deveriam dirigir o Estado e as mulheres a casa).

O individualismo de Lutero, aliado à expansão do comércio, o surgimento efetivo de uma nova classe social (burguesia) e aumento expressivo da população fez surgir um ensino idealizado em três estágios e com destinatários específicos.

Os estágios compreendiam a escola primária, aberta a todos; a secundária, para a alta burguesia e as escolas superiores ou universidades, visando o profundo conhecimento bíblico.

Nos anos de 1545 a 1564 foi realizado o Concílio de Trento com o objetivo de conter o avanço das ideias protestantes, dando início, pela Igreja Católica, da denominada Contra-Reforma.

A Contra-Reforma, no contexto educacional, simbolizou a renovação da escola e a introdução obrigatória da teologia no currículo das escolas secundárias, sempre sob controle episcopal. Várias ordens de formação foram criadas, inclusive a Companhia de Jesus ou Ordem dos Jesuítas, para expansão das ideias católicas aos povos conquistados no Novo Mundo[144].

Na Idade Moderna cabe, ainda, destacar importantes nomes para a formação da educação atual, tais como: Galileu Galilei, símbolo da transformação científica com sua teoria heliocêntica; Francis Bacon[145], com a difusão da experiência como efetiva forma do conhecimento; René Descartes e seu racionalismo e John Locke, para quem a experiência era a base do conteúdo e da razão (empirismo).

John Locke, particularmente defendia que o papel do educador é formar o caráter livre da pessoa, fazê-lo um indivíduo aberto a novas ideias e capaz de rever os seus conceitos. A educação, portanto, integrava o direito à vida, uma vez que sua função era a de tornar possível a convivência do homem em sociedade.

Já no século XVIII, é preciso mencionar Rousseau, cuja maior expressão encontramos na crítica contrária ao absolu-

---

144. O período histórico é coincidente ao da ocorrência das grandes navegações e a descoberta e colonização do Brasil. Sendo assim, os jesuítas tiveram efetiva participação no desenvolvimento da educação brasileira, conforme trataremos da Seção 2 do presente trabalho.

145. Para Francis Bacon, a ciência deve ser entendida de forma profunda e não superficial, afasta-se da teoria escolástica e ao apego aos livros, para vincular-se à experiência e abandonar o preconceito para pesquisar a natureza e aprender a dominá-la. É preciso observar e depois concluir, transmitindo o conhecimento aos demais para que estes continuem a descoberta. (MACHADO JÚNIOR: 2003, p. 35)

tismo. A educação proposta por Rousseau é a única forma de o homem alcançar a liberdade e igualdade.

Por sua vez, Kant[146] (1724 a 1804), inspirado nas idéias pregadas por Rousseu, alertou que o problema mais difícil a ser proposto ao homem é o da educação, já que ela é o caminho entre o estado animal e o humano e cujo destino é a perfeição, permitindo que de geração a geração os homens se tornem mais preparados. A moral é a verdade absoluta e a educação tem o dever de despertá-la.

Quanto ao período histórico, cabe salientar as revoluções burguesas, em especial a Revolução Francesa em 1789, que deram início a uma nova ordem política e social. Quanto ao pensamento, o período é chamado de Iluminismo e suas bases são a natureza, a razão e o progresso que, inevitavelmente, atingem o contexto da educação.

Originária dos ideais revolucionários, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão silenciou sobre o tema[147]. Contudo, a educação gratuita e universal foi assegurada na Constituição Francesa, com o objetivo claro de formar cidadãos.

A Revolução Industrial, por sua vez, é responsável por uma mudança substancial na forma de ser encarada a educação, já que a formação do indivíduo deve estar voltada à produção, afastando-se da formação moral. O debate entre o tipo de formação a que é responsável a educação vem a permear a maior discussão da pedagogia moderna.

Como contraposição à exploração do trabalho assalariado, surge a doutrina marxista, com relevante expressão do ponto de

---

146. Embora a educação não seja o assunto central da obra de Emanuel Kant, permeou todo o pensamento moderno sobre o tema. É preciso ressaltar a importância de seu livro o "Tratado de Pedagogia".

147. Não há um dispositivo próprio em relação à educação. Todavia, o artigo 11 dispunha: "A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo o cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, salvo se for em resposta a abusos nos casos determinados pela lei".
Sendo assim, não há como desvincular referido dispositivo da concepção de Rousseau acerca da educação como única forma de garantir a igualdade e liberdade entre os indivíduos.

vista educacional, uma vez que prega a universalidade, a laicidade, a estatalidade, a gratuidade e a renovação cultural, objetivando a formação do homem no contexto instrução e trabalho.

No século XX, por sua vez, a educação aliou-se à psicologia, não sendo possível dissociá-la das teorias de Piaget e Vigotsky, para quem a escola possui o papel fundamental na formação moral do indivíduo, guardando forte responsabilidade sobre o seu futuro sucesso ou fracasso na vida social.

Em tempos de "Guerra Fria" a discussão central acerca da educação pautou-se nas inevitáveis comparações entre os países capitalistas e socialistas e, conseqüentemente, o tipo de formação por eles desenvolvida.

A consciência de que o processo educacional dá-se de forma desigual e opera como fator que ressalta as desigualdades ganha vulto e torna-se responsável por fortes movimentos estudantis que protestam por melhores condições de ensino e desenvolvimento.

A educação, então, passa a ser vista como o fator preponderante do desenvolvimento humano e social.

Na oportunidade, vale a transcrição das palavras de Paulo Freire:

> Para se obter a libertação dos homens, é preciso uma educação humanizadora, essencialmente problematizadora, em que "ninguém educa ninguém, como tampouco ninguém se educa a si mesmo: os homens se educam em comunhão, mediatizados pelo mundo". Assim, essa concepção de educação baseia-se no diálogo, superando-se a contradição entre educador-educando, e ambos tonam-se "sujeitos do processo em que crescem juntos e em que os argumentos de autoridade já não valem. Em que, para ser-se, funcionalmente, autoridade, se neces-

> sita de estar sendo com as liberdades e não contra elas" (FREIRE, 2001, P. 13).

A pedagogia moderna deixa claro o papel da educação como elemento de qualificação humana e responsável pelo desenvolvimento de um povo. O professor deixa de ostentar a figura hierarquicamente superior para colocar-se no papel de formador do caráter do indivíduo.

Postas tais considerações e observada a evolução da educação dentro do contexto filosófico e histórico, passemos a abordar o tema do ponto de vista jurídico e como a educação assume feições de direito.

3. O DIREITO À EDUCAÇÃO

Que a educação é um direito (aqui entendido como produto cultural fruto das convenções humanas) não há, atualmente, quem duvide, mas qual é a abrangência deste direito?

Do ponto de vista sociológico, a educação é vista como instrumento destinado à mudança da sociedade, como forma de estabilizar as relações sociais e promover o desenvolvimento e o melhoramento do ser humano, integrante desta sociedade, portanto, é inafastável do senso crítico e da inteligência. A escola, local destinado especialmente à promoção da educação, deve seguir as tendências e os objetivos.

A educação não é um favorecimento do Estado ao cidadão, um fruto de assistencialismo, mas sim um meio de se chegar ao desenvolvimento de todo um Estado. Mais do que vontade de um ser humano, ser educado é (ou deveria ser) vontade de todos, de todo um povo.

Neste diapasão, temos que o direito à educação, por seu caráter obrigatório e irrenunciável, é um direito fundamental

do homem, um direito da personalidade ou, ainda, um direito subjetivo público.

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à condição humana, que devem existir pelo simples fato de existir a vida, que devem ser assegurados a todos os indivíduos, independentemente de lei regulamentadora, independentemente de concessão judicial. São direitos irrenunciáveis, ou seja, mesmo que o indivíduo abdique de exercê-lo, a sociedade e o Estado devem obrigá-lo ao exercício, porque são próprios da condição humana, da própria condição de Estado.

A quebra da ordem jurídica ocasionada por determinado contexto histórico e as aspirações de classes sociais nos movimentos revolucionários do século XVIII são considerados os pontos basilares da gênese do reconhecimento dos direitos fundamentais.

Do ponto de vista do direito à educação, já salientamos que se trata de um direito social, portanto, de segunda geração e, também, assim sendo fundamental, ostentando suas características.

Frise-se novamente que o direito à educação é consequência do direito à dignidade humana, na medida em que é indispensável. A autora Regina Maria Fonseca MUNIZ (2002, p.58) salienta:

> É de se acrescer, ainda, que a essência do direito à educação, sob qualquer aspecto que se queira analisar, é uma só: o seu ponto fundamental é a proteção da vida humana, de que faz parte a educação, indispensável à sua plenitude. Assim como as plantas modificam-se pela cultura, sendo necessário regá-las, podá-las e adubá-las para fortalecer-lhes o caule, tornando-o mais resistente contra a fúria dos ventos, assim também é a educação para o homem.

Assevere-se que a questão da educação foi também tratada por Pontes de MIRANDA (1933, pp. 15-26, *passim*), a qual

discorre que a própria estatização do ensino constitui um progresso para a efetivação do direito à educação, consistente em direito subjetivo público ao lado do direito à subsistência, ao trabalho, à assistência e ao ideal, pontas da estrela que representa o Estado socialista. Todavia, não há que se confundir a existência de escolas públicas com o direito à educação. Acrescenta, outrossim, que se é função do Estado promover a igualdade, é preciso que se promova a igualdade intelectual. É a chamada por Pontes de Miranda de "Escola Única".

O mesmo autor (MIRANDA, 1933, P. 14) menciona que Robespierre, na Convenção Nacional de 1793[148], já propunha que a educação deveria ser promovida às custas da República desde os cinco anos de idade.

No Brasil, conforme trataremos nos próximos tópicos, a Constituição evoluiu no tratamento da educação como um direito, embora não tenha adotado a dimensão pretendida por Pontes de Miranda.

Assim, o direito à educação é direito natural, na medida em que exprime ordem inerente à personalidade humana, que se assenta no critério do justo e na própria constituição das coisas; direito subjetivo público, tendo em vista enquadrar-se como direito fundamental[149]e integrar o conceito de dignidade da pessoa humana, que norteia todos os direitos individuais; é, ainda, direito subjetivo privado, considerados como adaptações do direito civil das liberdades constitucionais.

Ao sustentar a ideia de que a educação é um direito natural, Regina Muniz salienta:

---

148. Art. 2: A educação nacional será igual para todos, todos receberão o mesmo alimento, as mesmas roupas, a mesma instrução e os mesmos cuidados. O artigo 3, ainda, negava aos pais se oporem à instrução.

149. Anote-se que a própria Constituição Federal de 1988 em seus artigo 208, § 1º, bem como o artigo 5º da Lei 9.394/96, anotam que o acesso ao ensino é direito público subjetivo. Ainda, o Código Penal estabelece como conduta criminosa "Deixar, sem justa causa, de promover a instrução primária de filho em idade escolar. Pena – detenção de 15 dias a um mês, ou multa." (artigo 246)

> A educação, como vem sendo defendida, é um desses direitos, que, embora tenha encontrado uma acomodação adequada nas legislações positivas, longe ainda está do chamado "ideal de justiça". O homem, animal de cultura que é, encontra-se, mediante a razão, inteiramente comprometido, em sua capacidade de apreensão, raciocínio e juízo , com decifrar os enigmas das leis que regem o mundo. Essa atividade cognoscitiva é que faz com que, em sua ânsia de saber, ele busque a satisfação no conhecimento das coisas que o rodeiam. Para atingir tal conhecimento, faz-se necessária uma educação profunda, consciente e transformadora, a fim de que, ao satisfazer sua necessidade básica, encontre uma perfeita correlação entre o direito positivo e o direito natural.

Um homem educado saberá distinguir com mais critério o que é bom para si e para a humanidade, saberá descobrir e colocar em prática os princípios universais que já se encontram nele em potência, fazendo-os brilhar em ato dentro do direito positivo. (MUNIZ, 2002, p.68)

Sendo assim, posta a educação como um direito, é de extrema relevância analisarmos, como faremos a seguir, de que maneira as Constituições, na história política do Brasil, na qualidade de ordenamento jurídico máximo e elemento organizador do Estado, trataram a educação em seu bojo.

CONCLUSÕES. A ESCOLA E SEUS PAPÉIS

Vanessa Sievers de ALMEIDA (2011, p. 34) ao analisar a educação em Hannah Arendt, especialmente sua posição entre o público e o privado, esclarece que a autora possui posições divergentes em relação à educação no seu artigo "Reflexões sobre Little Rock", em que aborda o processo de dessegregação

racial no Sul dos Estados Unidos, escrito em 1957 e publicado em 1959 e seu livro "A crise da educação, cuja primeira versão é datada de maio de 1958. A educação estaria relacionada a três esferas: a pública, a privada e a social. Enquanto no artigo Arendt localiza a educação entre o direito dos pais sobre seus filhos e o direito social à livre associação e, portanto, "o aspecto público e político da educação envolveria 'apenas os conteúdos da educação da criança, e não o contexto da associação e vida social que invariavelmente se desenvolve com a sua frequência à escola'", em sua obra posterior, porém, "ela aponta que educar é introduzir no mundo público".

Denota-se, portanto, que seja por qual ênfase de desenvolva a teoria de Arendt, a escola é de inegável importância na formação da cidadania, quer por pertencer ao desenvolvimento da educação como esfera pública, quer por favorecer à esfera própria de caráter social.

> Em "A crise na educação", Arendt explica que a esfera educacional não é parte nem da vida privada, nem da vida pública, mas constitui uma espécie de esfera intermediária, em que os princípios de nenhuma das duas são válidos em sua totalidade. A escola é "a instituição que interpomos entre o domínio privado do lar e o mundo com o fito de fazer com que seja possível a transição, de alguma forma, da família para o mundo" (Arendt, 1990ª, p. 238).
>
> (...)
>
> O âmbito da educação é, portanto, pré-político. A educação escolar transmite conhecimentos e cultiva princípios e capacidades que favorecem a futura participação dos alunos na esfera pública. (ALMEIDA, 2011, p. 34)

Ao analisar os fins e os objetivos que dão sentido à educação e enumerar quatro dos principais grupos (na teoria de Sacristán)[150], Masako Shirai acrescenta uma quinta função, desenvolvida pela escola com eficiência:

> 5 – a custódia dos mais jovens, suprindo, nessa missão, a família, o que transforma a escolaridade em um espaço e em uma oportunidade para realizar um controle da conduta e um eficaz trabalho disciplinar – a educação obrigatória, especialmente em sua fase do Ensino Fundamental, tem uma função inevitável de custódia de crianças pequenas (para a Educação Pré-Escolar ou Infantil) e também para a educação dos jovens (no Ensino Médio). A obrigatoriedade da educação durante as primeiras etapas do desenvolvimento humano reflete uma espécie de contrato ou de pacto entre o sistema escolar e a família e entre esta e o Estado. Um pacto que vem estipular algo assim como: "você nos deixa cuidar de seu filho, e nós o devolvemos educado, em condições que não estão a seu alcance" (SHIRAI, 2010, p. 637-649).

Neste diapasão, como um dos locais em que a educação se concretiza, uma vez que esta se trata de um complexo entrelaçar de saberes e realizações, a escola é essencial, deve ser bem, cuidada, idealizada, pensada e encantar para que a cidadania e o desenvolvimento avancem.

---

150. O autor analisa a obra de SACRISTÁN, José Geimeno, *A Educação Obrigatória: seu sentido educativo e social.* Porto Alegre: Artmed, 2001, onde se apresentam quatro grandes grupos de objetivos e finalidades da educação que podem ser resumidas: 1) a fundamentação da democracia, já que a educação é indispensável ao desenvolvimento da *polis* moderna, uma vez que a participação exige conhecimento a ensejar a discussão dos interesses públicos; 2) o estímulo ao desenvolvimento da personalidade do sujeito – as possibilidades naturais do homem, estimuladas pelo processo educacional, auxiliam no seu processo de libertação e autonomia; 3) a difusão e incremento da cultura, requisitos indispensáveis ao próprio desenvolvimento humano e 4) a inserção dos sujeitos no mundo, de modo a capacitar os indivíduos para que de forma consciente e crítica escolham o mundo e as circunstâncias de que querem viver e fazer parte.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Vanessa Sievers de. *Educação em Hannah Arendt*. São Paulo: Cortez, 2011.

DURKHEIM, Émile. *Educação e Sociologia,* Lisboa: Edições 70, 2001.

GUERRA, Renata Rocha. *Princípios constitucionais do ensino.* Dissertação (mestrado)- Pontifícia Universidade de São Paulo, 1996.

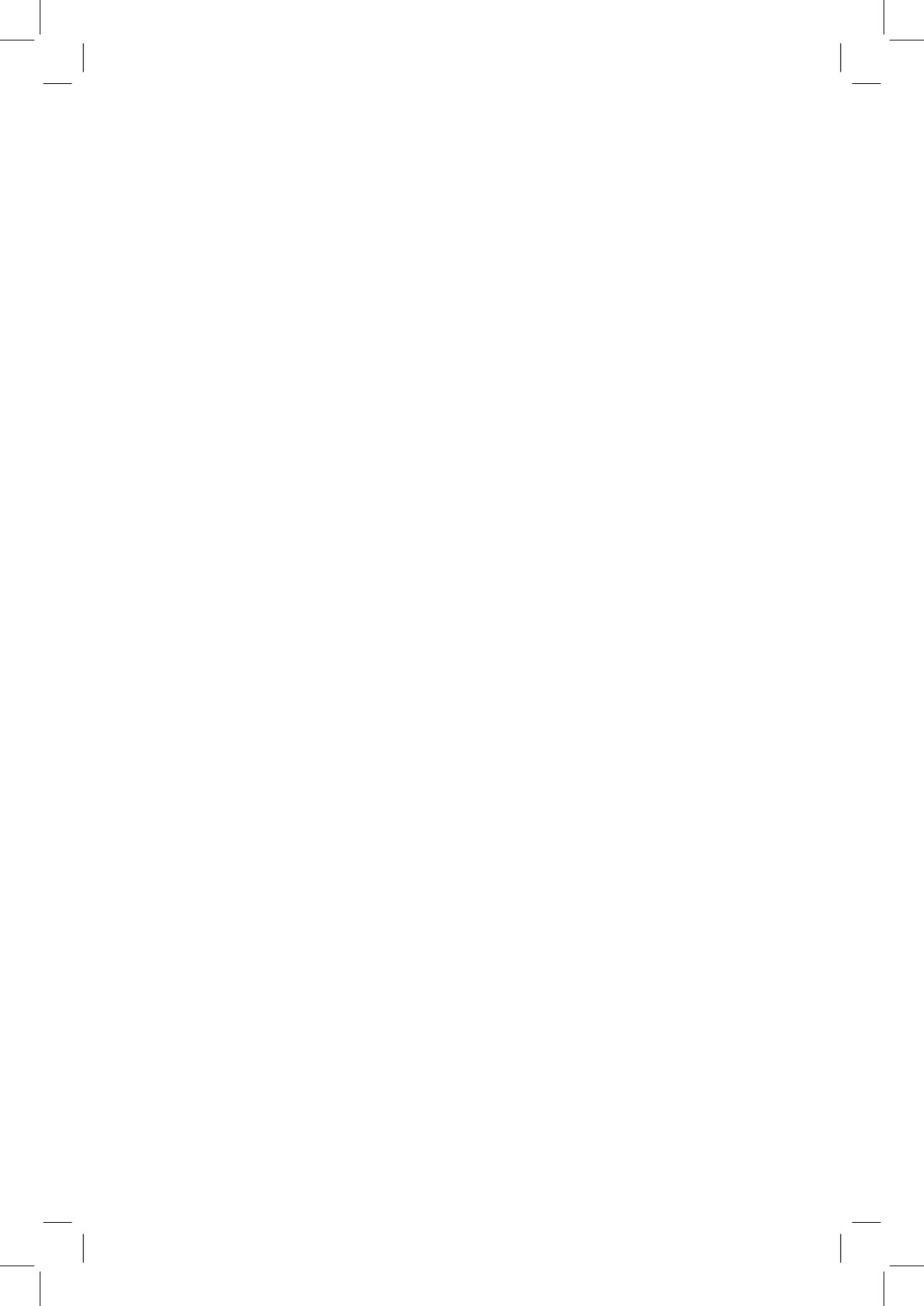
MALISKA, Marcos Augusto. O Direito à Educação e a Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 2001.

MANACORDA, Mario Aliguiero. *História da educação: da antiguidade aos nossos dias*. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Direito à educação.* Rio de Janeiro: Editorial Alba Limitada, 1933.

MONROE, Paul. *História da Educação*. 19ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à educação.* Rio de Janeiro/São Paulo: 2002.

SHIRAI, Masako. Direito à Educação: condução para a esfera pública. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et.al. (Org). *Hermenêutica Constitucional.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 637-649.

ENTRE A CULTURA E A RAZÃO: UMA POSSÍVEL CONCILIAÇÃO NAS CONCEPÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Olívia Gabriele Rodrigues
Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes

INTRODUÇÃO

Com a finalidade de desenvolver questões epistêmicas, cujo escopo é fundamentar e solucionar a problemática do multiculturalismo nas sociedades contemporâneas, busca-se aqui uma possível conciliação nas construções acerca dos Direitos Humanos (doravante: DH).

De tal modo, esse trabalho é dividido primordialmente em três partes: a primeira parte versa sobre a cultura e os Direitos Humanos sob a perspectiva universalista.. Na sequência, o capítulo discorre sobre o comunitarismo, corrente que surgiu como crítica ao individualismo liberal.

A segunda parte é centrada no liberalismo, que, por sua vez, posiciona-se favoravelmente a neutralidade do Estado, pois a liberdade individual, se somada à questão multicultural, é uma forma de expressão das vontades das minorias.

O último capítulo é reservado para as opções harmonizadoras, como a transplantabilidade. Contudo, o debate é centrado no diálogo dos filósofos John Rawls e Jürgen Habermas, onde ambos discordam ao buscar um mesmo ideal: a fundamentação dos sistemas de direito.

Sendo essa questão atinente à sociedade contemporânea, considerando que se experimenta no mundo um cenário de crise migratória e intolerância cultural, esse debate se justifica ao buscar igualdade. Portanto, ao promover a propagação de uma opção conciliatória de DH em prol das sociedades plurais contribui para ampliação de uma visão humanitária, que preconiza o reajuste das necessidades culturais.

1. CULTURA E DIREITOS HUMANOS

O ego é um grande administrador da consciência humana e, se posto à prova em uma sociedade, pode ser intumescido e, sucessivamente, será o principal abastecedor de modos de vidas ou padrões imputados como melhores ou superiores. Consequentemente, a indubitabilidade dos Direitos Humanos poderá ser prejudicada, vez que a cegueira causada pelo egoísmo impede a percepção humanitária, especialmente no mundo multicultural.

A relação interacionista de DH é pautada aqui pelas relações sociais, as quais têm dois personagens: o "eu" indivíduo que tem por escopo entender a condição humana do outro e o segundo é justamente o "outro", o qual seria o coletivo de muitos "eu", todos afirmando direitos e conjuntamente inseridos no mesmo círculo de relações sociais. O que permite a visão da alteridade é a intersubjetividade (FLORES; BORTOLOTI, 2014).

O exercício da alteridade é prejudicado quando há individualismo exacerbado, pois assim um ser humano se torna incapaz de se colocar no lugar do outro e de se enxergar no outro. O excesso de "eu" reflete diretamente no direito positivo como ins-

trumento de efetivação dos DH e impede que este seja aplicado de forma empírica, visto que o Estado passa a ser protetor do indivíduo e a promoção da sua dignidade apenas e, sucessivamente, passa a ignorar as necessidades coletivas e as relações sociais.

Do mesmo modo o público estaria ameaçado em decorrência do individualismo exacerbado, pois como as pessoas solipsistas[151] não vivem para o comum e o público passa a ser um local inseguro (FLORES; BORTOLOTI, 2014).

Quando os Direitos Humanos são colocados nessa equação, percebe-se que não dizem respeito ao imediato ser. Não são uma preocupação direta do indivíduo, visto que diz respeito ao público, ao "outro".

Por seu turno, a lei moderna, para FLORES e BORTOLOTI (2014) gera a falsa percepção de que a partir do momento em que os Direitos Humanos foram positivados, eles se tornaram, nas palavras dos autores, "santificados". Segundo BARRETTO (2013), os mesmos só se materializam na sociedade propriamente dita, quando se supera a ideia individualista de que esses direitos são apenas os direitos do "eu", os direitos individuais.

A alteridade aqui teria, por suposto, intuito de busca, resgatando a percepção do humanismo do outro homem como remição da imprescindível ponderação.

Não podemos negligenciar o fato de que, a princípio, os DH surgiram como uma forma da sociedade pedir perdão pelas atrocidades do passado[152], com a consequente perspectiva de uma nova sociedade, onde a condição humana seria tutelada pelo Estado.

---

151. A nomenclatura significa somente eu, condiz com a pessoa que vincula suas experiências tão somente a sua própria individualidade. É, segundo Wittgenstein, (1968, p. 112 apud FLORES; BERTOLOTI, 2014, p.122) "um ponto sem extensão".

152. Um exemplo é o projeto eugênico de Hitler que, através de premissas biológicas, visava o extermínio de pessoas estigmatizadas como indesejáveis, foram mortos especialmente judeus, homossexuais e negros.

Contudo, mais que positivar os Direitos Humanos, surge o novo desafio da interpretação. Nesse sentido, levando-se em consideração a definição de que DH devem ser compatíveis com o momento histórico em que se concretizam, há uma crítica de BARRETTO (2013), o qual afirma que os DH foram mitificados pela lei moderna, de modo que se limita a explicações, mas não condiz com a realidade.

Ainda nas considerações de BARRETTO (2013) há uma crise da lei moderna, onde o direito humano positivista é cultuado e distancia-se da realidade social objetiva[153].

Na análise da crítica acima, é afirmado que "este processo de pensar acrítico, vinculado à mitificação de um dogma, não permite uma interpretação em mediação ao social e traz a importância em se perceber" (FLORES; BORTOLOTI, 2014, p.128).

É necessária uma provocação social para demonstrar a eficácia das relações intersubjetivas a fim de deixa-las amadurecer, caso contrário, o exercício da intersubjetividade continuará incidindo na mesma percepção da necessidade individual da proteção e alcance dos DH relacionados a ela, sem transcender também ao outro (FLORES; BORTOLOTI, 2014).

Há, então, uma solução além da técnica, remetendo diretamente a moral intrínseca em cada pessoa e que é compatível com as estruturas sociais sempre em mudança.

Não há de se negligenciar que o individualismo em excesso é produto principalmente do liberalismo, o qual advoga a superioridade da liberdade individual sobre qualquer autoritarismo ou intervenção estatal.

Em contrapartida aos liberais, é expandido o comunitarismo. Essa corrente afirma pela impossibilidade de estabelecer princípios de justiça sem ter em vista a bagagem histórica e cultural que acompanha cada indivíduo (TAVARES, 2014).

---

153. A problemática da positivação será explicada com mais precisão em subcapítulo específico no Capítulo II, item 2,1.

Há, primeiramente, uma preocupação com a justiça a nível mundial, liderada por Thomas Pogge (2008, p.59, apud, CITTADINO; FRAGOSO, 2015, p.134) que procura nos DH uma forma de avaliação das instituições de um aparelho social que seja moralmente adaptado. Ele ainda entende que a miséria acontece em decorrência de três principais fatores:

O primeiro fator é a ordem econômica global, que provoca a incidência de uma pobreza pré-determinada, pois existem acordos em âmbito internacional que são realizados, já visando de antemão, o favorecimento dos países ricos e, consequentemente, as implicações mais severas são destinadas aos países mais pobres.

A segunda causa é exclusão não compensada do uso de uma base comum de recursos naturais que, essa também visa beneficiar as elites, que se apropriam de bens naturais sem compensá-los. Portanto, é excluído dos hipossuficientes o acesso à grande parte dos recursos naturais.

A terceira causa é consequência histórica. Procura-se o reconhecimento de que a exploração, a colonização e a escravidão foram um atentado ao que é moralmente aceitável e geraram discrepâncias perceptíveis até hoje.

Frente ao exposto, é evidente que o mero pedido de respeito, ou até mesmo a alteridade proposta por FLORES e BERTOLOTI (op. Cit. 2014), embora seja de extrema importância, é vago. A diferença cultural existente por todo o globo ainda é uma barreira para que seja implementada essa justiça social, visto a possibilidade da sobreposição de uma cultural impositiva.

Atentas a essa complexidade, as autoras CITTADINO e FRAGOSO (2015) trazem as três propostas de Kymlicka:

A primeira seria a efetivação do direito de autogoverno, já positivado na Carta das Nações Unidas, depois os direitos poli-étnicos, para resguardar as culturas tradicionais e impedir que as

mesmas sucumbam à modernidade e, por fim, direitos especiais de representação, através de ações afirmativas e participação.

A discussão que concerne direito, política e ética começou com em 1971[154] com Rawls e, desde então, tem se intensificado a ponto de ultrapassar a discussão filosófica e atingir também os juristas e constitucionalistas.

Um exemplo de aplicação da teoria é trazido por LIMA (2013), a qual afirma[155] que Giselle Cittadino (1999) enxerga na Constituição Cidadã de 1988 a primazia do comunitarismo, sorte que a estrutura normativa de uma sociedade deve condizer com a sua característica de comunidade justa.

2. A CONCEPÇÃO UNIVERSALSTA DE DIREITOS HUMANOS

2.1- A CRISE DA POSITIVAÇÃO

Nesse ponto, já está claro que a positivação dos DH não significa a sua efetivação, como bem lembra FARENZENA (2012, p.193), "o reconhecimento legal dos direitos humanos não assegura que os mesmos não sejam violados". Nota-se que falta na atualidade uma corrente doutrinária que assegure sua real proteção.

É entendido também que os DH têm um conceito revestido de universalidade, visto que não é necessário nenhum requisito além da própria condição de ser humano para que determinada pessoa seja sujeito desses direitos. Assim sendo, o ser humano é visto como um ser com unicidade existencial e detentor de dignidade (PIOVESAN, 2004).

Um exemplo claro da falta de incidência dos Direitos Humanos mesmo após seu reconhecimento da Declaração Universal

154. Obra de Rawls em 1971: *Theory of Justice.*

155. Obra de Lima: em sua obra Leitura comunitarista da Constituição democrática: exame crítico da tese de Cittadino à luz do liberalismo comunitarista de Kymlicka.

dos Direitos Humanos (doravante: DUDH) em 1948 é o genocídio de Ruanda. Trata-se de um conflito entre duas etnias africanas, os hutus e os tutsis, que durou aproximadamente 100 dias e resultou no estupro e morte de cerca de 800.000 pessoas.

Segundo a jornalista-investigativa MELVERN (2000, p.04):

> The international community, which passed laws fifty years ago with the specific mandate of ensuring that genocide was never again perpetrated, not only failed to prevent it happening in Rwanda but, by pumping in funds intended to help the Rwandan economy, actually helped to create the conditions that made it possible. The whole of the international community was involved while genocide was being planned: the United Nations and many of its agencies, independent aid groups, and two of the most powerful international institutions, the World Bank and the International Monetary Fund.[156]

Não há de se negar que os direitos que são positivados possuem mais objetividade e, assim, ficam passíveis de maior proteção e possuem mais clareza. Todavia, o reconhecimento é apenas o primeiro passo e deve transcender rumo à prática baseada no respeito.

2.2- LIBERALISMO

O sentido de dignidade da pessoa humana é mutável porque está vinculado com o significado de sujeito adotado por seu interlocutor.

---

156. Tradução: A comunidade internacional, a qual há cinquenta anos aprovou leis com mandatos específicos para garantir que o genocídio nunca mais fosse perpetrado, não apenas falhou em impedir que acontecesse em Ruanda, como também ajudou a tornar o genocídio possível ao bombear os fundos destinados a ajudar a economia ruandesa. Toda a comunidade internacional esteve envolvida enquanto o genocídio era planejado: as Nações Unidas e muitas de suas agências, grupos de ajuda independeres e duas das mais poderosas instituições mundiais: o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.

Esse conceito ainda sofreu uma mutação histórica. Dentre outros conceitos abordados, FARENZENA (2012) dá especial atenção a Kant, que partia da autonomia ética para que o ser humano fosse digno e não simplesmente um meio à disposição da vontade alheia. Essa autonomia está vinculada ao conceito de liberalismo.

O conceito de DH, quando vinculado ao liberalismo, fica limitado ao individualismo uniformizado por esse modelo.

Nessa perspectiva, o liberalismo defende a autossuficiência e a liberdade. FARENZENA (2012) também critica a valorização exacerbada, pois cria uma sociedade extremamente individualista, voltada tão somente para satisfação de prazeres próprios.

O fato é que, uma vez inserido em sociedade, o homem não vive só de prerrogativas, mas também de obrigações aos seus congêneres, é necessário trazer ao conceito realidade fática de seres humanos que convivem diariamente e lutam para atender suas necessidades.

Outrossim, é gerada uma problemática na questão da liberdade, pois a própria dignidade humana impõe limites sobre essa liberdade. A provocação é sobre a probabilidade de conciliar ambas. Liberais e comunitários oferecem soluções diferentes.

Os comunitaristas atribuem ao pluralismo à característica de diversidade de identidades sociais e culturais nas democracias contemporâneas. Do mesmo modo, esse grupo tenta desvincular a concepção de justiça da imparcialidade, mas consolidar um consenso baseado na ética oriunda de valores compartilhados.

Os liberais, por outro lado, privilegiam os direitos fundamentais, pois esses tendem a assegurar a neutralidade e interferência do Estado.

Já sobre o comunitarismo: “Contrariamente aos liberais, a autora considera, os comunitários conferem prioridade à soberania popular, o que se dá pela participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, precisamente porque, segundo eles, a

autonomia pública é mais adequada à existência dos diversos centros de influência social e poder político que configuram o pluralismo das democracias contemporâneas" (LIMA, 2013).

Do mesmo modo, os liberais se defendem das críticas realizadas pelo comunitarismo sobre seus ideais. KYMLICKA (2006) defende o liberalismo apontando que também há preocupação do bem comum nessa vertente, afinal, o objetivo do liberalismo seria promover os interesses dos membros da sociedade.

Nessa concepção, o liberalismo então não rejeitaria o bem, apenas argumentaria sua interpretação.

LIMA (2013, p.123) explica que para o autor "os processos políticos e econômicos pelos quais as preferências individuais são combinadas, em função de uma escolha social, são modos liberais de determinar o bem comum".

KYMLICKA (2006) entende que o modelo comunitarista abre respaldo para uma hierarquia estatal que avalia se as preferencias pessoais são condizentes com o modo de vida que foi atribuído a todos, as quais também serão valoradas na medida em que contribuem para esse padrão. Esse juízo de valor é livre de neutralidade (LIMA, 2013).

A questão despercebida por Kymlicka é que a crítica do comunitarismo sobre o modelo liberal é, primordialmente, nos termos de LIMA (2013, p. 124) "a negligência das condições exigidas para a concretização eficaz dos interesses sociais".

O desfecho trazido pelo filosofo canadense é que qualquer política multicultural pode ser justificada, desde que a medida seja tomada com a finalidade de proteger a liberdade.

Contudo, a partir dos anos 70, o debate que envolve as diferenças pontuais entre liberalismo e comunitarismo ganhou mais uma barreira a ser superada: o multiculturalismo.

Nessa concepção, a corrente liberal enfenta um ponto positivo a favor dos comunitaristas, que já adjudicavam ao Estado o dever de tutelar esses grupos.

KYMLICKA (2006) era liberal igualitário por excelência. Porém surgiu a necessidade de acrescer alguns ideais oriundos do comunitarismo, o que permitiu a ele elaborar a teoria liberal dos direitos multiculturais.

Em síntese, a teoria dispõe que, embora o discurso liberal seja repetidamente sobre o uso da liberdade como fator preponderante para a realização de escolhas pessoais, essas opções não podem ser obradas no vazio, afinal, não há como negar que cada pessoa está inserida em uma cultura societal.

Sendo assim, é incumbido pelos liberais ao próprio multiculturalismo o dever de tutela sobre a liberdade através de políticas que promovam a igualdade através da discriminação positiva, ou seja, através de ações afirmativas.

3. OPÇÃO CONCILIATÓRIA

3.1 A TRANSPLANTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A dicotomia entre liberalismo e comunitarismo levou diversos filósofos e doutrinadores a debater opções conciliatórias para esse conflito, as quais têm ganhado grande importância desde o advento de novos conceitos, como o pluralismo, a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

HOFFMAN (2007, p.157), também na busca de uma sociedade igualitária, defende o sistema de transplantação.

A transplantação dos DH é algo mais complexo que o simples diálogo de um sistema para o outro. Dada a essa complexidade, HOFFMAN (2007) toma como ponto de partida para sua classificação a análise onde, primeiramente, os DH têm sido objeto de avaliação literária.

Nesse sentido, nos DH, há a ligação entre internacionalização e constitucionalização e, ainda, não há de se olvidar o contexto globalizado no qual estão inseridos (HOFFMAN, 2007).

O transplante propriamente dito consiste na absorção e englobamento, de forma oficial, de provisões constitucionais ou legislativas de um Estado por outro, nos ditames do direito comparado clássico (HOFFMAN, 2007).

Essencialmente, em um primeiro momento, soa como inexequível a possibilidade de transplantabilidade de DH.

Tal complexidade envolve a incorporação de preceitos externos, agora parte da cultura interna. São gerados então impasses nessa relação de tradução e compreensão, como a inclusão sociocultural, visto que, na adaptação, é irrelevante o quanto o ator incorpora para si o aprendizado, desde que compreenda, ou seja, que saiba se amoldar-se a novas situações.

Para HOFFMAN (2007) esse processo não se principiaria da estaca zero, pois já há uma bagagem cultural a ser reputada, portanto, o aprendizado é de segunda ordem, ainda que não os hábitos culturais não fossem parte da gênese do repertório cultural.

Contudo, a adaptação é facilmente manipulada, pois ao ser relacionado com o processo de *aprendendum*, não tem sua essência cultural intocada, mas abarcada pela nova cultura onde foi inserida.

Não há estabilidade ou delimitação. O sentido de Direitos Humanos é puramente fluido, é onipresente e resistente aos possíveis bloqueios ou tentativas de redução a um conjunto de características físicas (HOFFMAN, 2007).

Ressalta-se que os Direitos Humanos são híbridos, possuindo ao menos três dimensões horizontais (direito, moral e cultura) e duas verticais (nível global e local).

Por fim, é certificado por HOFFMAN (2007) que a hibridez não faz necessariamente com que essas dimensões completem umas as outras, pois elas são concomitantes e mesmo quando uma se mostre externamente ausente, ela existe e é isso que garante a estabilidade de DH que são belos, porém, caóticos.

3.3 PROCEDIMENTALISMO

Habermas trouxe uma interpretação diferente para a compreensão do fenômeno jurídico e se alvitrou a sobrepujar uma das maiores dicotomias da filosofia política contemporânea: o antagonismo entre soberania popular e DH.

O sociólogo alemão quis construir um diálogo aberto e público, onde os indivíduos pudessem expor suas opiniões, livres de qualquer coerção, revitalizando o ambiente democrático contemporâneo.

FRASER (2009) tracejou uma compreensão procedimental a fim de delinear estratégias enérgicas para atender as demandas de uma sociedade multicultural. Ela parte da constatação que, se antes a estrutura conceitual de justiça tinha apenas duas dimensões, agora é tridimensional, pois além da redistribuição e reconhecimento, há o que se falar de representação.

A terceira dimensão da justiça é o político, que "diz respeito à natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais". (FRASER, 2009, p.19).

BUNCHAFT (2014) traz como exemplo a raça que, maneira generalizada, é uma categoria tridimensional: está, primeiramente, situada na ordem econômica, tem status devido a características inerentes peculiares e, ainda, carecem de representação.

HABERMAS (1962) usa uma fórmula histórica e sociológica para resgatar a discussão acerca da esfera pública. Em suma, ele realiza uma concepção teórica que faz uma análise histórica da esfera pública, articulando uma concepção normativa ideal. Sendo assim, ele é a favor da instrumentalização da dicotomia entre público e privado e não do rompimento desse impasse através de um sistema moral onde todos posam dialogar publicamente.

HABERMAS (1976) culpa os meios de comunicação de massa que fizeram com que a sociedade seja expectadora e

não produtora de cultura, a não participação do processo seria um agravante.

Em análise do supradito, BUNCHAFT (2014), ao desenvolver a teoria de HABERMAS, acredita que ela segrega e é machista, vez que os homens, como de costume, vão se sobrepor as mulheres na hora de escolher quem expressa suas vontades.

FRASER (1989) considera essas distinções precárias, dado que as relações de gênero são muito complexas. Tanto o núcleo familiar quanto a economia são implexos e articulam-se em torno de consensualidade, normatividade e estratégia.

Nas palavras da filósofa (1989, p.114) "essas diferenças na qualidade da presença das mulheres no mercado demonstra a dissonância conceitual entre feminilidade e o papel do trabalhador no capitalismo clássico".

O problema é que quando se fala em um mundo multicultural, fica difícil debater assuntos que condizem ao globo como um todo e deliberar como cada minoria vai se manifestar, acabaria por incidir na criação de movimentos sociais de reivindicação. Para tanto, Habermas incentiva os Estados a recorrerem às organizações internacionais. Seria a chamada internacionalização da soberania popular.

Tendo em vistas as críticas explicitadas acima, Habermas, inspirado na renovação do seu próprio modelo de esfera pública, defende um modelo pautado na comunicação transfronteiriça, o qual permitiria a geração de um juízo eticamente justificado ao conteúdo da Carta das Nações Unidas por todas as populações.

3.4 O DIÁLOGO RAWLS-HABERMAS

Assim como no procedimentalismo, o liberalismo de Rawls tem respaldo no ideal kantiano de prioridade do justo sobre o bem, onde, na explicação de LOIS (2005) está vinculada a neutralidade procedimental.

Equitativamente, ambos os filósofos aquiescem no que diz respeito à impossibilidade de adoção de um sentido de justo pleiteado em algum objetivo comum. Remete-se aqui a alteridade como pressuposto essencial ao comunitarismo, porque somente a partir do reconhecimento de si mesmo no outro de forma pública, haveria condições de conferir direito recíproco e meio de legislar.

Nota-se então que a diferença entre eles reside na melhor interpretação do mesmo objetivo (LOIS, 2005).

Rawls, segundo LOIS (2005), nominou sua teoria de Justiça como Equidade e sofreu críticas por parte de Habermas, o qual não via na referida teoria a possibilidade de relacionar as instituições de direito positivo e teoria política e, consequentemente, não construiria um direito legítimo. O filósofo americano faz sua réplica defendendo a plena legitimidade e da sua concepção de justiça, vez que a estruturação de um sistema de liberdades seria fonte de legitimidade e deveria ser resguardada.

A tendência é que os ideais da concepção política de Rawls sejam consensuais, pois são oriundos da mesma cultura política democrática, que se resumem basicamente na ideia de que há uma justa cooperação social que transcende o tempo e as mudanças de gerações. Tais termos, por sua vez, serão condicionadas a aceitação e posteriormente requererá a ideia de vantagem racional de cada comparte.

O *overlapping consensus,* à vista disso, assegura a estabilidade na sociedade plural, pois representa a legitimidade política ao reconhecera liberdade (GUILLARME, 1996, p.327).

A crítica de HABERMAS (1998) incide diretamente sobre esse ponto, para o filósofo alemão, há uma utopia em esperar que a sociedade se auto estabilize pela mera proposição de instituições justas.

Portanto, falta na teoria de Rawls fundamentação que explique a teoria na prática, que demonstre a recepção dos prin-

cípios de justiça na comunidade jurídica real. Explica LOIS (2005, p.133): "A questão radica no fato de que Rawls não explicita se a estabilidade de uma sociedade justa se dá por intermédio do *overlapping consensus* ou por meio da aceitação democrática do pluralismo político".

Em defesa de Rawls, KATEB (1993) sustenta que a individualidade democrática talvez seja a melhor realidade e aspiração que, em termos culturais, pode se desenvolver, ainda que os direitos sejam violados e, por conseguinte, apreciados e reconhecidos.

Nota-se que independente da posição preferida, ambos os filósofos convidam a pensar na Lei Fundamental e se comprometem com a democracia e a justiça, ambos têm a mesma finalidade e preocupações, residindo a diferença essencialmente na fundamentação desse mesmo ideal.

Para finalizar, é oportuno lembrar dos direitos dos homens trazido por BOBBIO (2009) os quais devem ser compatíveis tanto com a liberdade quanto com a igualdade. Os direitos positivados na Declaração Universal de Direitos Humanos são mais que fatos, são deveres a serem alcançados através de métodos não-violentos, em prol da paz.

CONCLUSÃO

O presente ensaio apresentou primeiramente a dicotomia entre comunitarismo e liberalismo, na qualidade de concepções de implementação dos DH em sociedades multiculturais. Fica evidente que ambas as vertentes almejam deslindar a problemática da inserção efetiva desse preceito em um mundo cada vez mais plural.

No sistema interacionista, a efetivação dos Direitos Humanos tem por escopo descontinuar o pensamento puramente individualista através da alteridade. Nessa mesma linha, a

corrente comunitarista desacredita na possiblidade de estabelecer princípios de justiça que não levam em consideração a bagagem cultural carregada por cada indivíduo.

Em seu turno, a pauta liberal possui outra interpretação de bem comum, defendendo os direitos fundamentais como forma de minimizar a intervenção estatal e asseverar a neutralidade. Diferente dos comunitaristas, os liberais não veem eficácia em intervenções públicas ou na soberania popular.

Em que pese às características supracitadas, os modelos não são integralmente antagônicos, sendo algumas discrepâncias tão somente semióticas, vide posicionamento de Kymlicka, que não vislumbra dessemelhança entre a autodescoberta vinda da alteridade e o julgamento de escolhas, pertinentes respectivamente ao comunitarismo e ao liberalismo.

Posto isso em proeminência, o desafio do segundo momento desse trabalho foi conciliar as concepções de Direitos Humanos que migram entre a razão universal e a cultura relativista, a começar pela transplantação de Hoffman. Essa concepção seria possível porque os DH são híbridos e, portanto, adaptáveis.

Do mesmo modo, Rawls e Habermas indigitam meios de conciliação, contudo, há discordâncias em relação as suas proposições.

Em vocábulo epistemológico, Rawls acredita em um viés liberal-democrático da teoria da justiça, em uma associação com anuência de todos os indivíduos.

Habermas não acredita na proposta de Rawls por ser excessivamente ingênua e não espera que a sociedade simplesmente se ajuste a esses parâmetros, para tanto, ele defende a participação dos cidadãos em decisões políticas através de debates públicos. Em um mundo plural e globalizado, esse sistema aconteceria por meio de intervenção do Estado que, quando fosse ineficiente, recorreria às organizações internacionais.

Avaliados todos os métodos, nota-se que nenhum é isento de censura. Nada obstante, dá-se crédito especial às teorias conciliatórias que, independente de total aquiescência entre os estudiosos da área, preocupam-se em harmonizar mais de uma vertente. O fato é que, se o objetivo final é buscar a paz entre os distintos povos em um mundo globalizado, não há por que causar atrito dentro dessa própria busca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOBBIO, NORBERTO. **O terceiro ausente – ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Tradução de D. Versiani. São Paulo: Manole, 2009.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Esfera Pública, reconhecimento e minorias: o diálogo Habermas-Fraser**. Londrina: Scientiaiuris, 2014.

CITTADINO, Gisele**. Pluralismo, direito e justiça distributiva** – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CITTADINO, Gisele; FRAGOSO, Katarina Pitasse. **Cosmopolitismo e multiculturalismo: avaliações a partir de uma comunidade quilombola**. Fortaleza: Pensar, 2015.

FARENZENA, Suélen. **A superação do discurso liberal acerca da dignidade como meio de transpor a positivação e realizar os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2012.

FLORES, Nilton César; BERTOLOTI, José Carlos Kraemer. **Direito e(m) alteridade: o individualismo exacerbado e a abstração dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2013.

FRASER, Nancy. **What's Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender**. *In:* **Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

FRASER, Nancy. **Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado**. São Paulo: Lua Nova, 2009.

FRASER, Nancy. **Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy**. *In*: CALHOUN, Craig. **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge: Mit Press, 1992.

GUILLARME, Bertrand. **Rawls et le libéralisme politique**. *In*: **Revue Française de Science Politique: Pluralisme, Justice, Égalité – de lémpirique au philosophique dans l´étude de la démocratie**, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: Strukturwandel der Öffentlichkeit. Berlin/Neuwied: Luchterhand, 1962.

HABERMAS, Jürgen. **A crise da legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. Título original: Legitimations problem im Spätkapitalismus. Frankfurt: Suhrkamp, 1976.

HOFFMAN, Florian Fabian. **A transplantabilidade jurídica em matéria de Direitos Humanos: reflexões acerca de um conceito clássico do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2007.

KATEB, George. **La Individualidad democrática y el significado de los derechos**. *In:* ROSENBLUM, Nancy. **El Liberalismo y la vida moral**. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1993.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fonte, 2006.

LIMA, Ana Paula Brito Abreu de. **Leitura comunitária da Constituição Democrática: exame crítico da tese de Cittadino à luz do liberalismo comunitarista de Kymlicka**. Pelotas: Seara Filosófica, 2013.

LOIS, Cecilia Caballero. **A Filosofia Constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre a relação entre sistemas de justiça e sistemas de direito**. Rio Grande: Revista Sequência, 2005.

MELVERN, Linda. ***A people betrayed: The role of the west in Rwanda's genocide***, London: Zed Books, 2000.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acessado em 04/11/2016.

PIOVESAN, Flávia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. *In*: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAWLS, John. **Uma Teoria da justiça**. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita M. R.

Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

TAVARES, Felipe Cavaliere. **O comunitarismo e seu ideal de justiça**. Rio de Janeiro: Legis Augustus, 2014.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E O PROCESSO REGULATÓRIO: UM RELATO DE EXPERIÊNCIA

Paulo Alexandre de Souza São Bento
Carlos Eduardo Pessanha Boller
Marcelo Guimarães Barbosa

CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

Trata-se de um estudo que objetiva relatar a experiência de profissionais de saúde a frente de um núcleo interno de regulação de uma instituição pública, para casos de internação hospitalar, diante do fenômeno da judicialização em saúde. Para tanto, lançamos mão do relato de experiência enquanto metodologia, nos propondo a descrever um breve ensaio sem o intuito de esgotar esta discussão. Optamos pela estilística em primeira pessoa do plural uma vez que o relato se baseia na experiência, pontual, de três profissionais, lotados no Núcleo Interno de Regulação (NIR), do Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira (IFF), da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) – localizado no Rio de Janeiro. Este estudo está registrado sob o número 1875Dpq/2017 na vice-direção de pesquisa do referido Instituto e possui sua autorização para veiculação do seu nome.

Esta primeira parte está estruturada em dois eixos conceituais. O primeiro foca na relação entre a regulação em saúde e o NIR enquanto ferramentas do processo regulatório. O segundo situa a judicialização da saúde para esta discussão.

Sendo assim, precipuamente, cabe situar alguns dos *marcos legais* do processo de regulação, aqueles que legitimam a implantação, ampliação e manutenção das ferramentas necessárias à regulação em saúde. São eles:

- Resolução SES-RJ 2.102/2003 - Estabelece a missão da rede de Centrais de Regulação do Estado do Rio de Janeiro bem como sua função, cria o fórum de Coordenadores das Centrais de Regulação;”
- Deliberação CIB/RJ Nº 205 de 20 de dezembro de 2005 - Aprova a criação de Núcleos Internos de Regulação na Rede de Hospitais Públicos no Estado do Rio de Janeiro;
- Portaria Nº 1.559 de 1 de agosto de 2008 - Institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde;
- Portaria Nº 3.390 de 30 de dezembro de 2013 – Trata: Art. 11. O modelo de atenção hospitalar contemplará um conjunto de dispositivos de cuidado que assegure o acesso, a qualidade da assistência e a segurança do paciente. § 6º O gerenciamento dos leitos será realizado na perspectiva da integração da prática clínica no processo de internação e de alta, preferencialmente por meio da implantação de um Núcleo Interno de Regulação (NIR) ou Núcleo de Acesso e Qualidade Hospitalar (NAQH) com o objetivo de aumentar a ocu-pação de leitos e otimizar a utilização da capacidade instalada, melhorando o atendimento ao usuário.

O Sistema Único de Saúde (SUS) preconiza o cuidado ao cidadão por níveis de complexidade e o acesso através de referência e contrarreferência. Para viabilizar a acessibilidade foi implantada a Política Nacional de Regulação do SUS, instituída pela Portaria supracitada (BRASIL, 2008). A implantação desta estrutura é justificada pela necessidade de racionalizar, qualificar e humanizar o acesso dos usuários aos procedimentos oferecidos pelas instituições e pela rede de atenção a saúde.

As áreas técnicas deverão elaborar suas estratégias de ação, intervenção, processos de trabalho, captação, análise e manutenção das informações geradas, correspondendo assim ao Art. 6.º da Portaria supramencionada, que estabelece as necessidades dos processos de trabalho. Desta forma, a regulação prevê ações de monitoramento, controle, avaliação e capacitação.

O NIR é um modo operante para administrar as solicitações internas (instituição) e mediar às externas (Rede), organizando e registrando estas solicitações para a realização dos procedimentos. Para lograr êxito deve-se, ininterruptamente, buscar a sensibilização: dos profissionais de saúde aos cidadãos, das áreas aos serviços hospitalares internos, dos staffs aos especializandos (das diversas formações em saúde), além dos demais envolvidos, visando garantir adesão às diretrizes do processo de regulação.

Conceitualmente, o termo regulação é multifacetado, pois possui diversos entendimentos, concepções e práticas. Podemos compreender três formas principais de regulação, a *atenção à saúde*, pois tem por objetivo produzir todas as ações diretas e finais de atenção à saúde, compreendendo contratação, regulação assistencial, controle, avaliação, auditoria e regulamentações da Vigilância Epidemiológica e Sanitária. A *assistencial*, definida como "...conjunto de relações, saberes, tecnologias e ações que intermedeiam a demanda dos usuá-

rios por serviços de saúde e o acesso a eles", o que implica em protocolos assistenciais construídos sobre boas práticas clínicas, aporte de recursos humanos, materiais e financeiros, assim como, a conformidade das necessidades de saúde da população. E, por último, a faceta onde os NIR se inserem, a do *acesso*, que visa à estruturação de meios e atividades para garantir acesso universal, integral e equânime como direito constitucional (BRASIL, 2011, p. 23).

> "Embora os conceitos pareçam similares, há uma diferença entre os conceitos de regulação assistencial e regulação do acesso. O primeiro diz respeito a um conjunto de ações e atividades e inclui a regulação do acesso. A regulação assistencial é prerrogativa do gestor e a regulação do acesso é delegada pelo gestor ao regulador. Ao regular o acesso, com base nos protocolos clínicos, linhas de cuidado e fluxos assistenciais definidos previamente, a regulação estará exercendo também a função de orientar os processos de programação da assistência, assim como o planejamento e a implementação das ações necessárias para melhorar o acesso" (BRASIL, 2011, p. 23).

Para Oliveira, Delduque, Sousa et al (2015, p. 526), o termo *judicialização da saúde* provém da exacerbação de um fenômeno onde o poder judiciário "decide politicamente mesmo sem a estrutura necessária para atuar com a lógica, o ritmo e a prática do sistema político, formulador e executor das políticas públicas", estas voltadas às coletividades. O direito à saúde é garantido pelo Art. 196 da Constituição Federal, onde está pre¬sente o conceito de universalização à saúde. Entretanto, entre o direito reconhecido pela Constituição e assumido pelo

SUS, há grandes lacunas para sua efetivação, na qual o Estado acaba por não cumprir o seu dever constitucional.

No que toca ao campo da saúde, é inegável que lidamos com a primazia do direito à vida, que antecede outros essenciais como o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Art. 5º, caput), assumindo-o, por sua vez, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Este princípio fundamenta que não há vida sem dignidade e que seres humanos devem ser tratados e considerados enquanto fins em si mesmos, isto é, não há utilitarismo quando se trata de pessoas (Op. cit, 2015). Este princípio antecede todas as regulamentações a respeito do acesso a saúde, pois consta da Declaração Internacional de Direitos Humanos, de 1948. Vieira (2017, p. 47) afirma que existe um quadro de desrespeito aos direitos fundamentais e que os direitos sociais, notadamente, são os mais afetados diante de um Estado que não utiliza adequadamente seu orçamento e pondera a urgência em "... pesquisarmos situações que fortaleçam e consagrem, na prática, a efetivação dessa gama de direitos".

Nesta acepção, o direito à saúde nem sempre é assegurado, de fato, aos bens e serviços no âmbito do SUS. É na prestação jurisdicional, seja individual ou coletiva, que os indivíduos demandam do Estado o cumprimento daquilo que consta na Constituição. É a conquista do direito à saúde, que permanecerá como um processo de construção enquanto tivermos indicadores sociais de iniquidades, injustiça social e quadros epidemiológicos não favoráveis. O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública são as instancias judiciais acionadas para resolver os conflitos que dificultam a garantia do direito à saúde (OLIVEIRA, DELDUQUE, SOUSA et al, 2015).

1. O NÚCLEO INTERNO DE REGULAÇÃO, DE INTERNAÇÕES HOSPITALARES, DO IFF/FIOCRUZ

O NIR do IFF/Fiocruz foi *implantado* em 2012 após esforço coletivo empreendido por profissionais da direção do Instituto junto de setores como vice-direção de atenção à saúde, chefia de enfermagem e departamento de informação e documentação. O Instituto é uma unidade executante que, de acordo com Brasil (2011), são aquelas que executam os procedimentos especializados, tendo em sua estrutura profissionais médicos de diferentes especialidades clínicas, assim como, recursos diagnósticos e terapêuticos (BRASIL, 2011). O NIR do Instituto está vinculado à árvore institucional, nos moldes da Política Nacional de Humanização (PNH), pois possui importância estratégica na instituição uma vez que envolve diretamente a dimensão do acesso à saúde para população carente dos serviços especializados do Instituto, assim como, um dos produtos finais do seu trabalho – a emissão do número de Autorização de Internação Hospitalar (AIH) – possui influência no setor de faturamento hospitalar.

Para que o Complexo Regulador (as Centrais de Regulação Estadual e Municipal) execute suas ações para Rede, as unidades de saúde precisam ter os seus NIR como forma de viabilizar e gerenciar o processo *in loco*. O NIR do IFF/Fiocruz, por sua vez, atua vinculado a dois polos principalmente. O primeiro é interno, junto aos setores de internação administrando a admissão, transferência e altas dos pacientes. Neste sentido, alguns instrumentos são muito importantes, entre eles, está o Laudo de Solicitação de Autorização de Internação Hospitalar (LSAIH), emitido pelos médicos dos serviços (ambulatório e internações). Através deste documento é possível gerenciar, junto com o censo diário, o mapa de leitos

disponíveis na Plataforma *Online* da Secretaria Municipal de Saúde (SMS). O IFF/Fiocruz possui todos os seus 120 leitos de internação disponíveis na plataforma, assim como, 11 leitos de hospital-dia, que foram ofertados através de Ofício ao Coordenador Geral de Contratualização, Controle e Auditoria, em 2016. Tão somente com a regulação dos pacientes na plataforma é que o NIR pode emitir o número de AIH, que posteriormente é enviada ao setor responsável pelo faturamento. Por isso, os processos internos são necessários e constituem o primeiro movimento de trabalho do NIR.

O segundo polo está centrado nas relações externas do NIR com, principalmente, as centrais de regulação e outras instituições, que solicitam pedidos de internação no Instituto. Cumpre pontuar, que oficialmente cabe as Centrais o gerenciamento dos pedidos de internação, uma vez que eles possuem profissionais e sistemas para classificar risco e necessidades, além de organizar as demandas de cada unidade, de acordo com a gravidade de cada situação. Entretanto, a comunicação entre unidades ainda é uma realidade.

Desta forma, a regulação e seus processos de adaptação/qualificação busca garantir o acesso, equânime e horizontal, do usuário a unidade de saúde, dando-lhe melhor garantia ao seu atendimento. Contamos com uma equipe ainda reduzida para atender as demandas do NIR, que possui como atribuições gerais:

- Participar de reuniões para decisões estratégicas junto ao Complexo Regulador;
- Fortalecer o processo de regulação interna e externa;
- Manter sistema de gerenciamento interno de leitos;
- Atuar como mediador entre as centrais de regulação e o Instituto;

- Disponibilizar, em tempo real, os leitos regulados para a SMS;

- Controlar as internações dos leitos cedidos a SMS;

- Monitorar a consistência das informações coletadas;

- Fornecer informações, para a Direção e Vice Direção de Atenção à Saúde, referentes ao gerenciamento das informações dos serviços;

- Triangular dados sobre internação, movimentação e alta de pacientes junto ao Setor de Admissão e Alta (SAA);

- Manter diálogos e processos de trabalho que qualifiquem a interação NIR e Faturamento, em prol de soluções práticas e que melhorem os processos de emissão de AIH pelo NIR e, por conseguinte, contribuir com o faturamento hospitalar.

Deparamos também com limitações diversas que interferem diretamente no adequado funcionamento do núcleo, sendo as principais: não comunicação das internações, transferências e altas realizadas dos pacientes para a equipe do NIR; colaboração fragilizada pelas equipes junto ao NIR, incluindo neste a não liberação do leito para o processo regulatório ou não escalonamento para o Núcleo das demandas ocorridas diretamente para as unidades; não confecção dos LSAIH; preenchimento incorreto e/ou incompleto dos LSAIH (principalmente pela ausência de código de procedimento solicitado e Classificação Internacional de Doenças - CID); encaminhamento tardio (algumas vezes pós-alta hospitalar) dos LSAIH; dificuldade na obtenção das informações relacionadas aos leitos vagos, ocupados, internações, altas, transferências internas/externas; a carência de profissionais para completar a equipe do NIR e, assim, ampliar o escopo de

atuação; problemas com a internet e também com problemas relacionados a falhas nos sistemas das plataformas utilizadas (Sisreg, SER etc), entre outros.

Diante deste *overview* sobre regulação, em que ponto queremos chegar ao ensaiar um texto sobre judicialização da saúde em nossa experiência enquanto reguladores de um núcleo numa unidade executante, de impacto na assistência no Rio de Janeiro?

2. EM MEIO AO TRABALHO DE REGULAÇÃO EM SAÚDE PÚBLICA: JUDICIALIZAÇÃO EM QUESTÃO

Antes de relatar nossa experiência enquanto reguladores é preciso assumir alguns contornos no que tangencia a discussão sobre a judicialização da saúde. Em se tratando de que este artigo é um ensaio, optamos por entender por onde as pesquisas sobre o tema têm se ancorado. Neste sentido, o artigo de Oliveira, Delduque, Sousa et al (2015) ilumina este aspecto e conclui que a judicialização da saúde é produto da hipossuficiência econômica e do estado de urgência, sendo que o maior número de pesquisas sobre o tema revela que o acesso a medicações é o fator mais avaliado. Os autores estudaram, a partir de metodologia de revisão, vinte artigos que mostraram ser a judicialização em saúde um tema emergente e assumido enquanto preocupação para o campo da saúde coletiva.

Os periódicos estudados são relevantes no meio acadêmico, sendo que três se destacam para o objeto deste artigo. Os que tratam do direito ao acesso a serviços de saúde; a judicialização excessiva na relação entre médicos e pacientes e a assistência terapêutica. Muito embora o acesso a medicações seja, no olhar das pesquisas, o campeão no *ranking* da judicialização, por exemplo, chegando a 66,5% no estado do Ceará

(Nunes & Júnior, 2016), o recurso judicial no itinerário terapêutico individual também é acionado, *fato que esbarra em nossa experiência*. Os estudos revelam que o fenômeno da judicialização tem mostrado um cidadão mais ativo perante a busca para a garantia dos seus direitos, do que um paciente passivo diante do sistema. As produções científicas são oriundas das escolas de saúde pública e a Fiocruz desponta na frente das sete outras instituições (Op. cit, 2015). Deste modo, a Fiocruz tem contribuído para a produção de conhecimento neste campo, assumindo um dos pilares de sua Missão – a pesquisa.

Administramos os pedidos de internação e alta, assim como, as transferências. Neste sentido, existem inúmeras rotinas que são realizadas pela equipe diariamente. Podemos receber solicitações do judiciário de várias formas, mas é no mandado judicial – um documento público que reúne as decisões e ordens emitidas por um juiz (RAMOS & GOMES, 2014) – que eleva o nível de estresse da equipe, exatamente por ele conter uma ordem judicial a ser cumprida e que vem atrelada a criminalização de um responsável, por vezes até submetendo-o ao risco de ter seu direito à liberdade cerceado. Em verdade, quando comparamos ao elevado número de pedido de internações administradas, os que chegam por mandado judicial até o NIR tornam-se irrisórios. Todavia, cabe colocar, que não podemos inferir sobre o número de processos judicializados que chegam ao Instituto, uma vez que podem chegar diretamente para a Direção e serem resolvidos, de pronto, pela assessoria jurídica do IFF. Aliás, quando nos vemos diante de uma solicitação judicial, em geral, pedimos auxílio a esta assessoria, minimamente para o manejo no processo de resposta, pois esse modo estilístico não é medular ao processo assistencial.

Outra questão importante a ser colocada sobre nossa experiência é o desconhecimento, por parte das esferas jurídicas,

dos perfis clínicos da unidade. Os atores sociais responsáveis investidos de autoridade para as solicitações ou emissões de sentenças visam à resolução de conflitos e a garantia do direito à saúde, que é requerida por alguém em função de um motivo (falta de acesso para uma internação ou avaliação, por exemplo). E, portanto, cabe o questionamento: isso é realmente importante e gera algum impacto no serviço? Sim, pois observamos que muitos pedidos estão relacionados à possibilidade de tratamento clínico que o IFF não é capaz de fornecer. A título de exemplificar, somos uma unidade terciário-quaternária, mas não dispomos de todas as especialidades médicas em pediatria. Isto é, um mandado judicial alcançaria seu objetivo plenamente caso fosse enviado para uma unidade que, de fato, possui condições de atender a real demanda da criança.

Diante de um caso desta clientela, é comum pensar que basta encaminhar o processo para qualquer unidade de pediatria. Isso torna esse percurso moroso, pois um caso, por exemplo, de uma criança que necessita de atendimento em hematologia, não terá sua demanda sanada pelo IFF, pois não dispomos de pediatra com essa especialização, ou como alguns denominam - subespecialização. É verdade, em pediatria temos especificidades tanto quanto para o tratamento com adultos, ou seja, existe a neuropediatria, a pneumopediatria, a neonatologia etc. Do mesmo modo, casos relacionados à ginecologia ou obstetrícia (somos uma unidade de atenção à criança, ao adolescente e à mulher) também precisam atender critérios clínicos institucionais. Esta referida morosidade, nos casos de urgência e/ou emergência, poderá inclusive contribuir para o agravamento do quadro clínico do paciente, situação que, justamente, o mandado judicial pretendia evitar. Neste sentido, é, em nosso entendimento, que os Complexos Reguladores são as unidades que possuem

a *expertise* para o devido encaminhamento de um processo. Eles conhecem as unidades que estão sob sua responsabilidade e regulação, conhecem os perfis, compreendem a clínica e saberão a quem deverão encaminhar os pedidos.

A quantidade de profissionais especializados no atendimento de determinadas doenças, em especial aquelas ditas *raras*, é limitada, vide que os a medicina busca cada vez mais a subespecialização de seus executores. Desta forma, a disponibilidade para consultas, e em especial internações, torna-se escassa, proporcionando aos pacientes e seus familiares uma batalha em busca ao diagnóstico e que continua pela necessidade de tratamento, que por vezes onera significativamente a família, se vendo na necessidade de buscar, por meios judiciais, auxilio para acesso aos serviços especializados ou a materiais e medicamentos específicos para seus casos. Assim sendo, a luta judicial é uma constante e um parceiro desse tipo de paciente (LUZ, SILVA, DeMONTIGNY, 2015).

A criação dos complexos reguladores, além de ser uma questão do SUS, busca concretizar o direito garantido na Constituição, mas eles também resvalam em processos de trabalho que geram aquilo que se denomina 'burocracia'. Por vezes ela atua como facilitadora, porém possui sua parcela no retrocesso do processo. Pontuar esta questão neste parágrafo é assumir que o fenômeno da judicialização em saúde também não é fácil para quem trabalha nos complexos reguladores. Existem dificuldades em conseguir vagas disponíveis nas unidades, entre outros problemas, que impossibilita a atuação destes complexos junto às unidades. Aliás, é nos hiatos relacionados a não garantia de direitos à saúde que surgem os processos. No que tange ao acesso as internações hospitalares, nossa experiência enquanto NIR, as dificuldades da Rede

vão desde o adequado encaminhamento do paciente no perfil correto da unidade e a disponibilidade de leitos do hospital (que dependendo do setor circula com 100% de taxa de ocupação), até a escassez de recursos materiais e humanos, além de uma burocratização que visa auxiliar os processos ao mesmo tempo em que organiza as informações em saúde, mas que podem tornar-se excessivas. E neste desequilíbrio é que devemos investir para que possamos ser resolutivos diante das necessidades da população no atendimento de sua saúde.

Segundo Nunes & Júnior (2016) o estado do Ceará foi, em 2011, o 4º estado com mais tramitações jurídicas por motivos de saúde, alcançando a marca de oito mil processos. Porém, desses, apenas 0,7% das solicitações são referentes à internação hospitalar, objeto desta pesquisa. Tal fato corrobora com a nossa experiência, já que de todas as internações ocorridas em 2016 e 2017 através do NIR, apenas cinco foram oriundas de judicialização para este fim. Em geral, essas decisões jurídicas se sobrepõem as decisões coletivas, por exemplo, no caso das internações dependentes de filas de espera por leitos. É importante pensar nos desdobramentos de um Judiciário que acaba por decidir politicamente sem, na práxis, ter em mãos os instrumentos plenos para isso.

É neste sentido que o entendimento de Campilongo (2002) e Brito (2011), acionados por Oliveira, Delduque, Sousa et al (2015, p. 526), pode esclarecer estes aspectos. O fenômeno convencionalmente chamado de judicialização da saúde é oriundo de um Judiciário que "decide politicamente sem a estrutura necessária para atuar com a lógica, o ritmo e a prática do sistema político, formulador e executor das políticas públicas". É disso que se trata dos instrumentos plenos, pensando em saúde como algo coletivo, um direito de todos e que ultrapassa a

barreira do não acesso e tratamento. Laudos médicos e exames do paciente não são ferramentas suficientes, elas analisam apenas necessidades individuais, de maneira descontextualizada e insuficiente, para obrigar um cumprimento de decisão.

Marques (2005) apud Nunes & Júnior (2016) registra que apesar da falta de clareza das dimensões do processo de judicialização em saúde, sua execução interfere no relacionamento entre Executivo e Judiciário, entre sistema político e o jurídico, avaliando que a proporção até então existente já acarretava um inegável impacto nas contas públicas e dificultava a consecução dos princípios organizacionais do SUS. Bem (2015) corrobora com tal afirmação entendendo que tais mudanças jurídicas transformam o Poder Judiciário em um *ordenador de despesas públicas*, desprezando ferramentas básicas de gestão, sobrepondo competências típicas dos outros poderes. Nunes & Júnior (2016) afirmam que, no Brasil, é crescente o número de demandas judiciais na área da saúde, produzindo uma tendência de crescimento mais significativo a partir de 2007. Fato que, segundo os autores, produziu um significativo impacto financeiro e que, provavelmente, produzirá danos ainda maiores se não for proposto qualquer mudança organizacional do processo de oferta de saúde.

Para tanto, acionar o Judiciário somente quando em decisões cruciais, onde não se pode negar o inalienável direito à vida, não parece suficiente. É por este ângulo que Brito (2011) aborda a expansão da influência e dos procedimentos do poder judiciário, inclusive, no interior da formulação de políticas públicas, "... o debate nacional tem se norteado pelo conceito de judicialização da política traçado por Tate & Vallinder (1995), conceito que vem sendo usado nos estudos de judicialização da saúde" (OLIVEIRA, DELDUQUE, SOUSA et al, 2015, p. 526).

Nunes & Júnior (2016) avaliam a judicialização em si como algo que traz problemas para os gestores, mas que,

indiretamente, provoca melhoras nos serviços. Os referidos autores não assumem uma postura passiva diante disso, ao contrário, propõem estratégias. Para eles, torna-se iminente a necessidade de estreitar os canais de comunicação entre gestores e magistrados, pois na ausência deste canal a gestão estratégica do sistema será inviabilizada.

O estresse diante de um mandado judicial é outro aspecto que cabe discussão em nossa experiência. O estudo de Ramos & Gomes (2014, p. 834) avaliou as representações sociais da judicialização das ações e serviços de saúde no âmbito do SUS através de 152 profissionais que trabalham com regulação no Rio de Janeiro. Os pesquisadores afirmam que nada tem se discutido sobre o sofrimento psíquico dos trabalhadores em saúde que recebem ordens judiciais e se veem obrigados a tomar decisões difíceis, no interior de campos de atuação escassos em recursos, sem que haja prejuízo das coletividades, para atender a sentença individual emitida, "... e até mesmo decidir sobre a quem dar prioridade de acesso às vagas limitadas como leitos de terapia intensiva, uma vez que a assistência e proteção da vida de uma pessoa pode significar a morte de outra".

Este é um ponto de interseção com os autores (Op. cit, 2014), pois na chegada de um mandado toda a equipe fica mobilizada, de modo estressante, para resolver o problema e atender a sentença. Todos interrompem suas rotinas de trabalho para se haver ao processo, gerando, de algum modo, impactos nos protocolos de trabalho. Esse estresse psíquico vai desde o profissional administrativo ao profissional de saúde. Infelizmente, muito embora os mandados sejam utilizados para garantir a equanimização do acesso e a universalidade da saúde, os profissionais que o recebem não o veem de maneira positiva.

Os profissionais de saúde apresentam um posicionamento negativo diante de mandados judiciais por alguns motivos. O

primeiro por considerarem *injusto*, com todos os *poréns* que esta palavra pode carregar, uma vez que existem pessoas que deixam de ser atendidas em função da prioridade compulsória dada a outras por conta do processo. Estes mesmos profissionais reconhecem a saúde como um direito dos usuários e que os obstáculos enfrentados no setor saúde acabam por provocar um aumento dos mandados judiciais, pois seu uso acarreta inevitavelmente um atraso no fluxo daqueles que aguardam a execução do processo previsto. E neste contexto onde a ordem dos juízes se sobrepõe às rotinas institucionais, políticas de saúde e critérios clínicos, os profissionais ainda sentem-se amedrontados, "... mediante a ameaça de criminalização de sua atuação profissional, o acato é a única opção, o que torna a prática dessas pessoas burocratizada, estressante, permeada por medo de prisão" (RAMOS & GOMES, 2014, p. 835). Os autores apontam, em seu estudo, para a necessidade de ampliação do diálogo entre poder judiciário e os profissionais reguladores, com o intuito de compreender as dificuldades e sentimentos que estes sujeitos experimentam.

À GUISA DE CONCLUSÃO

Como profissionais de saúde que atuam no interior de um núcleo de regulação sabemos a importância que nossos processos de trabalho possuem para a população que carece dos serviços oferecidos pelo IFF/Fiocruz e, igualmente, das dificuldades enfrentadas para atender a esta demanda, em suas múltiplas necessidades. A regulação é, quando pensamos em nossa experiência, equanimizar o acesso das pessoas aos serviços de internação que o Instituto tem a oferecer, respeitando a complexidade clínica dos pacientes e a disponibilidade dos leitos ofertados. Este trabalho também é desenvolvido em conjunto com os Complexos Reguladores que centralizam os pedidos de inter-

nação, sendo capazes de encaminhar corretamente os casos e em possibilitar diálogos clínicos e administrativos necessários, porém em contrapartida por vezes se veem de frente a conflitos semelhantes ao observados pelos núcleos internos.

Os pedidos de internação que chegam judicializados para o NIR são poucos, talvez porque alguns sejam diretamente resolvidos entre a Direção do Instituto, através de sua assessoria jurídica, com as clínicas solicitadas por estes processos. Ainda assim, quando os mandados judiciais chegam ao NIR todos os profissionais se mobilizam para atender a esta demanda. Para tanto, as rotinas institucionais são interrompidas em função de um caso específico, gerando na equipe uma tensão/estresse que se estabelece até a conclusão do problema. Por este ângulo, é sabido que a necessidade individual de um paciente, a ser compulsoriamente resolvida, passa adiante das necessidades de outros pacientes, uma vez que a ordem judicial não cumprida tem consequências.

Como Instituto Nacional, e tendo em vista ser a regulação um processo ainda em construção no SUS, nos posicionamos também compelidos a contribuir no fortalecimento desta Política, provocando as instâncias dos diferentes níveis de gestão no sentido de reavaliações regulares das práticas regulatórias, bem como na produção científica crítica.

Cientes da Constituição Federal, dos princípios norteadores do SUS, dos direitos dos pacientes e das dificuldades do Estado e de suas instituições, esta conclusão mais busca questionamentos necessários, do que formular respostas. É preciso refletir e dialogar sobre: como resolver o perene problema da relação desproporcional entre a oferta dos serviços e as demandas dos pacientes? Quais estratégias precisam ser aperfeiçoadas quando o assunto/trabalho trata-se de regulação em saúde? Existe um perfil ideal do profissional da saú-

de ou jurista focado para esse tipo de demanda? É possível ampliar o diálogo com o Judiciário no que tange as Políticas de Saúde? É possível, também, uma aproximação entre os serviços e o Judiciário? Como diminuir as necessidades de mandados judiciais para que o acesso equânime e a garantia dos direitos das coletividades sejam efetivos? Para este ensaio estas seis reflexões nos bastam, pois pensar judicialização e regulação em saúde implica em entender que este campo de conhecimentos/práticas está relacionado aos direitos humanos e fundamentais. Poderíamos trazer outras tantas que emanam da nossa experiência, neste texto algo dissertada, enquanto profissionais de saúde. Contudo, por ora, ficam assentadas enquanto eixos para pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

BEM, I.P. Judicialização da saúde no Brasil. Resenha. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. v. 4, n. 3, 2015. p. 151-153.

BRASIL. Comissão Intergestores Bipartite. Ato do Presidente. **Deliberação CIB-RJ n.º 0205 de 20 de dezembro de 2005.** Aprova a Criação de Núcleos Internos de Regulação na Rede de Hospitais Públicos no Estado do Rio de Janeiro. Brasília (DF): 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Regulação em Saúde. Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011.** Brasília: CONASS, 2011. 126p. Brasília (DF): 2011.

BRASIL. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil. Subsecretaria de Atenção à Saúde. Superintendência de Regulação. **Proposta de implementação, desenvolvimento e expansão do complexo regulador do Estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro (RJ): 2009.

______. Governo do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil. **Resolução SES-RJ n. 2.102, de 14 de julho de 2003.** Rio de Janeiro (RJ): 2009.

BRASIL. **Portaria GM n. 1.559, de 1. de agosto de 2008.** Brasília (DF): 2008.

BRASIL. **Portaria n. 3.390, de 30 de dezembro de 2013.** Brasília (DF): 2013.

LUZ, G.S; SILVA, M.R.S; DeMONTIGNY, F. Doenças raras: itinerário diagnóstico e terapêutico das famílias de pessoas afetadas. **Acta Paulista de Enfermagem.** v. 28, n. 5, 2015. p. 395-400.

NUNES, C.F.O; JÚNIOR, A.N.R. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. **Cadernos de Saúde Coletiva.** v. 24, n. 2, 2016. p. 192-199.

OLIVEIRA, M.R.M; DELDUQUE, M.C; SOUSA, M.F; MENDONÇA, V.M. Judicialização da saúde: para onde caminham as produções científicas? **Saúde Debate.** v. 39, n. 105, 2015. p. 525-535.

RAMOS, R.S; GOMES, A.M.T. A judicialização da saúde pública no Brasil: um estudo de representações sociais. **Revista CUIDARTE.** v. 5, n. 2, 2014. p. 827-836.

VIEIRA, A.A.P. **A dignidade da pessoa humana como princípio originador do mínimo e do máximo existencial.** IN: VAL, E; DELGADO, A.P; SLOBODA, P. (orgs). Efetividade dos direitos humanos e direito internacional. Coleção CAED – JUS. 1.ª ed. Rio de Janeiro (RJ): Editora Multifoco, 2017. p. 35-50.

O MUNDO DO TRABALHO DAS PESSOAS TRANSGÊNERO NO BRASIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.

Sandra Maria Besso
Gabriel Schütz

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende apresentar uma análise crítica de condições e situações de acesso e permanência no mundo do trabalho das pessoas transgênero na perspectiva dos direitos humanos. Mais especificamente, sobre a maneira tal tema é tratado pela Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, que tem por missão desenvolver políticas públicas de enfrentamento ao preconceito e à discriminação contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT). Devido à sua relevância no cenário nacional, há de ser observada no decorrer desse trabalho.

A Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos (SNPDDH) tem a função de executar tal missão e o faz por meio das coordenações-gerais de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, bem como do Conselho Nacional de Combate à Discrimina-

ção e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (BRASIL, [s.d.]).

Com relação à elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que dizem respeito aos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais no âmbito nacional, a responsabilidade de coordená-los é da Coordenação Geral de Promoção dos Direitos LGBT. Além disso, também é de sua competência articular ações que sejam favoráveis a esse coletivo perante os demais órgãos da Administração Pública Federal. Há também a Coordenação Geral do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos LGBT, cujo objetivo consiste na prestação de apoio logístico e institucional para que o referido órgão possa atuar (BRASIL, [s.d.].

Segundo a Associação Brasileira Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABLGBT), as pessoas Transexuais, Travestis, Transformistas e Drags integram o coletivo "Transgênero"- terminologia que distingue sujeitos que transitam, de alguma maneira, entre os gêneros – e, assim, *"(...) constroem identidades de gênero que transcendem as definições convencionais de sexualidade"*. Entende que "*identidade de gênero é a percepção que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente de sexo biológico*" (ABLGBT, 2014).

Certas definições foram, no seu manual, adotadas, tais como:

Transexual (TS): "*Pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. Homens e mulheres transexuais podem manifestar o desejo de se submeterem a intervenções médico-cirúrgicas para realizarem a adequação dos seus atributos físicos de nascença (inclusive genitais) a sua identidade de gênero constituída*".

Travesti (TV): "*Pessoa que nasce do sexo masculino ou feminino, mas que tem sua identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico, assumindo papéis de gênero diferentes daquele imposto pela sociedade. Muitas travestis modificam seus corpos por meio de hormonioterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas, porém, vale ressaltar que isso não é regra para todas (...) Diferentemente das transexuais, as travestis não desejam realizar a cirurgia de redesignação sexual*".

Transformistas e *Drags:* Pessoas que, com diferentes estilos e estéticas, "(...) *se vestem com roupas do gênero oposto movidos por questões artísticas*".

As pessoas transgênero estão mencionadas nas políticas públicas da mencionada secretaria, sendo que, no âmbito federal, constam resoluções, portarias, parecer técnico, indicação, decreto e deliberação. No Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, constam: leis e decretos. Outros estados brasileiros não serão observados.

Neste contexto, surge o questionamento se, com a normatização vigente sobre o tema, nessa Secretaria de Direitos Humanos, é dada visibilidade às dificuldades que se interpõem a esse coletivo, no que diz respeito ao seu mundo do trabalho.

A metodologia empregada se baseou na revisão bibliográfica e na análise documental, bem como na leitura de documentos, relatórios produzidos por organizações civis e programas governamentais de inclusão e cidadania LGBT e legislação sobre população LGBT da Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania.

1. DIREITOS HUMANOS

Após as atrocidades cometidas nas duas grandes guerras mundiais, fez-se necessário um outro olhar sobre os direitos relativos aos humanos, sendo, dessa maneira, consubstanciada

a ideia de direitos humanos. Assim, em 1945, na Conferência de São Francisco, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU). O tratado que a instituiu denomina-se "Carta de São Francisco" (RAMOS, 2015, p.47).

O fundamento dos direitos humanos, segundo Cademartori; Grubba (2012, p. 703),

"[...] é pautado principalmente pelas conquistas dos processos históricos de lutas e revoluções por direitos concretos, ou melhor, pela satisfação das necessidades humanas, sejam elas materiais ou imateriais[...]".

Direitos humanos decorrem da própria natureza do homem, que se traduz na sua existência e na sua resistência, tendo sua positivação nos Estados e sendo inseridos dentro do contexto do direito nacional, tendo, contudo, atenção do Direito Internacional (PARDI; GRIMONE**,** 2014, p.17).

Direitos humanos podem ser conceituados como "o conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade" (CARVALHO, 2015, p. 29).

No Brasil, A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que a "dignidade da pessoa humana" constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana no mundo do trabalho, nas relações de trabalho, permite ao/a trabalhador/a, a possibilidade de ser reconhecido como sujeito e objeto de direito, perante as instâncias do poder público e privado (MACHADO, 2015, p. 491).

Indaga-se: quando se menciona direitos humanos, o que se pretende? Como garantir que sejam efetivados? (CADEMARTORI; GRUBA, 2012, p. 706)

Direitos humanos concernentes à orientação sexual e identidade de gênero que ocasionam sofrimento ao coletivo LGBT são violados, segundo o Relatório de Violência Homofóbica no

Brasil: ano 2013, (2016, p. 5-6), sendo que outras formas de violência, tais como ódio e exclusão meramente vinculadas a indicadores como idade, religião, raça, cor e situação socioeconômica agravam a situação relativa a essas vítimas.

Indaga-se, também, qual igualdade e qual dignidade - consubstanciada no texto constitucional - rege o mundo do trabalho das pessoas transgênero, tendo-se em vista que diversos empecilhos o permeiam, no sentido de barreiras que são interpostas, como, por exemplo, a discriminação?

Para Cunha (2005, p. 38), dignidade deve ser compreendida como uma "[...] totalidade de pessoas que devem ter assegurados seus direitos para que valores éticos como liberdade e segurança sejam realizados".

A liberdade possui diversas acepções, que implicam, dentre elas, a liberdade sexual, permitindo que qualquer pessoa exerça a sexualidade como desejar, fazendo sua opção sexual, como lhe é de direito.

No âmbito internacional, no que diz respeito ao direito à opção sexual, possuem relevância, dentre outros:

1- Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948, que afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que cada pessoa tem a capacidade para gozar os direitos e as liberdades existentes nesse instrumento, sem qualquer discriminação de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional, nascimento ou qualquer outra condição;

2- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada pela Organização dos Estados Americanos em 1948, que em seu Artigo II dispõe que: "Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados

nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra forma de discriminação.”;

3- Princípios de Yogyakarta, de 2006 - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero;

4- Resolução AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) - Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada na quarta sessão plenária, da Assembleia Geral da OEA – Organização dos Estados Americanos, realizada em 3 de junho de 2008, que resolveu:

> 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero;
>
> 2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) de incluir em sua agenda, antes do Trigésimo Nono Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, o tema? Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero? .

5- Resolução AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), que condena todas as formas de discriminação e violência contra pessoas devido à orientação sexual e à identidade de gênero.

1.1 DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO.

A Constituição Federal de 1988 pode ser apontada como um divisor de regimes: militar e democrático, no território nacional, uma vez que possibilitou, na concepção de uma sociedade pluralista, o surgimento do Estado Democrático de Direito após décadas de um regime militar autoritário (ENZO, 2012, p. 93).

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II – "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", dispõe sobre direitos humanos, dividindo-se em cinco capítulos: Direitos e deveres individuais e coletivos; Direitos sociais; Direitos de nacionalidade; Direitos políticos; partidos políticos.

Os direitos fundamentais têm como principal característica a positividade, que implica no seu reconhecimento por meio da ordem constitucional vigente. (VIEIRA, 2006, p. 36)

E, com a ordem constitucional vigente, procurou-se, no entendimento de Tepedino (2008, p.80), "definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídico privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, [...]".

Inseridos na seara jurídica, os direitos fundamentais devem estabelecer com a democracia uma relação de interdependência para que seja reafirmada a importância da democracia e da cidadania compreendidas como conquistas da modernidade (BINEMBOJM, 2008, p. 50); (BODSTEIN, 2003).

Os direitos humanos fundamentais, porém, não se restringem ao rol elencado no Título II da Carta Cidadã, pois, segundo o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, que prevê o *princípio da não exaustividade dos direitos humanos fundamentais,* depreende-se que essa enumeração não é exaustiva, visto que podem ser apontados outros direitos *decorrentes d*e princípios constitucionais, ou do restante do texto constitucional, bem como em *tratados de direitos humanos* que o Brasil celebra (RAMOS, 2015, p. 63).

Dessa maneira, tendo incluído tratados de direitos humanos que o Brasil celebra, o texto constitucional institui a internacionalização dos direitos humanos, e, após a edição da Constituição Federal de 1988, o país ratificou os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econô-

micos, Sociais e Culturais, bem como as Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos, passando a partir de então, a celebrar conceituados instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, além de reconhecer no ano de 1988 a *jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos* (Corte IDH) e, posteriormente, no ano de 2002, a *jurisdição do Tribunal Penal Internacional.* (RAMOS, 2015, p. 370).

No ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988, utiliza a expressão "direitos humanos" sob diversas terminologias, que serão demonstradas no quadro 1.

Quadro 1- **Constituição Federal de 1988 e distintos empregos da terminologia "direitos humanos".**

Constituição Federal de 1988	Terminologia
Artigo 4º, II	"Direitos humanos"
Título II	"Direitos e garantias fundamentais"
Artigo 5º, XLI	"Direitos e liberdades individuais"
Artigo 5º, Inciso LXXI	"Direitos e liberdades constitucionais"
Artigo 5º, parágrafo 1º	"Direitos e garantias fundamentais
Artigo 17	"Direitos fundamentais da pessoa humana"

Artigo 34, Inciso VII, b	“Direitos da pessoa humana”
Artigo 60, parágrafo 4º	“Direitos e garantias individuais”
Artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias	“Direitos humanos”

Fonte: Elaboração própria

1.2. DIREITOS HUMANOS - SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA, NOS ÂMBITOS FEDERAL E DO RIO DE JANEIRO.

A Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, no Tema LGBT elencou normas nas quais aparecem as palavras “trabalho” e “discriminação”.

Trabalho importa em exploração objetiva, mas, ao mesmo tempo, permite que grupos distintos de trabalhadores apresentem uma identidade social, além da possibilidade de socialização (LOPES, 2016, p. 54).

Trabalho também pode ser compreendido como atividade teleológica, no sentido de que o pensamento conduz à ação de se fazer, o que significa que é uma atividade criativa (DIAS, 2016, p. 150).

No entendimento de Cunha (2014, p. 426), trabalho consiste na “[...]encarnação daquilo que o homem produz, e de como ele produz na luta pela sua própria existência (subsistência), seja nas condições que ele herda seja nas condições que ele cria”.

Segundo Bomfim, (2014, p. 3), “Trabalho pressupõe ação, emissão de energia, desprendimento de energia humana, física e mental, com o objetivo de atingir algum resultado”. O resultado prescinde do fato de uma pessoa encontrar oportunidade de trabalho e, consequentemente, obter êxito na sua vida laboral.

Na vida laboral, de fato, constata-se que, no decorrer da História, a orientação sexual pode ser apontada como motivo de discriminação no ambiente de trabalho (IRIGARAY, 2008, p. 6).

Rouco; Hatza (2013, p. 99), argumentam que a população LGBT é permeada, no que diz respeito ao seu mundo do trabalho, a sua vida laboral, pela discriminação, entre outros impeditivos ao seu ingresso. Sendo assim, as pessoas transgênero, que estão nele inseridas, também são discriminadas, mesmo porque, a transfobia existe sob diversas formas e em todas as áreas, incluindo o mundo do trabalho (tradução nossa).

Constando-se que a população LGBT vem sendo permeada, no que diz respeito ao seu mundo do trabalho, a sua vida laboral, pela discriminação, entre outros impeditivos ao seu ingresso, observa-se que, além da palavra “trabalho”, também a palavra “discriminação” se faz presente nas diversas normatizações que compõem a Legislação do referido Tema (LGBT) da Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, como será demonstrado por intermédio dos quadros que serão apresentados.

No tocante à legislação internacional, após a Primeira Grande Guerra Mundial foi assinado um acordo de paz, Tratado de Versalhes, em 28 de junho de 1919, firmado entre a Alemanha e os aliados. Ressalta-se que a Parte XIII do referido tratado, no entendimento de Moura (2014, p. 57): “[...] é considerada a constituição jurídica da Organização Internacional do Trabalho, complementada pela Declaração da Filadélfia (1944) e pelas reformas da Reunião de Paris (1945), [...]”

No que diz respeito ao trabalho, considerado um direito humano fundamental, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, disciplina, em seu artigo 23, que:

Artigo 23

1. Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Nos termos do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, que promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, "discriminação" se encontra disciplinada no:

Artigo 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo «discriminação» compreende:

a) Tôda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

Segundo Bobbio, (2011, p. 107), “Discriminação significa qualquer coisa a mais do que a diferença ou distinção, pois é sempre usada com uma conotação pejorativa [...]”.

1.2.2. DIREITOS HUMANOS - SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA - ÂMBITO FEDERAL.

O quadro 2 demonstra que as normas elencadas, no nível federal, em sua maioria, empregam, em seus textos, as terminologias “trabalho” e “discriminação”, refletindo a preocupação do legislador, no que diz respeito à população LGBT, em nosso país.

Quadro 2 - **Normatização - nível federal**

Norma	Trabalho	Discriminação
Decreto de 4 de junho de 2010		
Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010	X	X

Deliberação CEPE/IFSC nº 006, de 05 de abril de 2010		
Decreto de 18 de maio de 2011		X
Indicação Nº 6497, de 2010		X
Portaria nº 41, de 28 de março de 2007	X	X
Portaria Nº 1820, de 13 de agosto de 2009	X	X
Portaria Nº 233 de 18 de maio de 2010		
Resolução CFESS Nº 615	X	X
Resolução CFM Nº 1.95510		X
Resolução CFP Nº 1/99, de 23 de março de 1999		X

Fonte: Elaboração própria

Mais especificamente, no tocante às pessoas transgênero, para Carvalho (2006, p.2), "Há inúmeras situações problemáticas enfrentadas pelos transgêneros dentro do contexto social: o preconceito familiar, escolar, afetivo, profissional[...]".

Corrobora tal visão o Instituto da Mulher Negra (2015), quando elucida que: "No mundo do trabalho, transgêneros

permanecem excluídas. Travestis e transexuais ainda seguem na luta pela inserção no mercado de trabalho. [...]".

Ressalta-se que, além da discriminação, seja na vida social, seja na vida laboral, ou seja, no mundo do trabalho, há, também, uma outra barreira, interposta pelo fato da inexistência de normatização relativa à adequação do prenome da pessoa transexual com o gênero que se reconhece, implicando na realidade fática de que precisa ingressar com ação judicial própria perante o Poder Judiciário para obtê-lo.

Se for proposta ação judicial perante o Tribunal competente e a mesma seja julgada procedente, segundo Teixeira (2012), será possível a inserção social, a partir do momento em que houve a prerrogativa da mudança de nome e de registro civil.

Caso não obtenha judicialmente o nome que se coadune com o gênero que e identifica, a dificuldade para ingresso no mundo do trabalho aumenta (BARBOSA, 2012, p. 142), pelo fato de uma maior dificuldade de sua obtenção sem documentos adequados.

Constata-se um pequeno avanço, uma vez que no Rio de Janeiro, por intermédio do Decreto Estadual nº 43.065/11 foi instituído o nome social. Isto vem acontecendo também em outros estados da federação.

1.2.3. DIREITOS HUMANOS - SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA - ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Conforme observado no quadro 3, que elenca a legislação encontrada no Estado do Rio de Janeiro no que diz respeito à população LGBT, a terminologia "trabalho", bem como a terminologia "discriminação" foram citadas, revelando que há um cuidado, na letra da lei, com o trabalho e com a discriminação.

Quadro 3- **Normatização - Estado do Rio de Janeiro**

Norma	Trabalho	**Discriminação**
Decreto Nº 43.065 de 08 de julho de 2011		X
Lei Nº 3406 de 15 de maio de 2000		X
Lei Nº 2334 de 7 de janeiro de 2011		
Lei Nº 538 de 10 de julho de 2009		
Decreto Nº 30033 de 10 de novembro de 2008		X
Decreto Nº 33376 de 2 de fevereiro de 2011	X	X
Decreto Nº 33489 de 11 de março de 2011	X	
Decreto Nº 33535 de 25 de março de 2011		X
Lei Nº 2475 de 12 de setembro de 1996		X
Lei Nº 4766 de 23 de janeiro de 2008		X

Lei Nº 4774 de 29 de janeiro de 2008		X

Fonte: Elaboração própria

Nota-se, de acordo com Moraes (2009), a “importância que o trabalho ocupa na vida dos indivíduos na sociedade contemporânea e com intuito de entender processos, explicações, [...]”. Dessa maneira, o mundo do trabalho, que tem grande importância na vida das pessoas, ao ser confrontado com discriminação e outras formas de preconceito ou não inclusão, como é o caso das pessoas transgênero, torna-se menos acessível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações das pessoas transgênero com o mundo do trabalho devem ser observadas de forma interdisciplinar, visto que Direito, Ciências Sociais e Filosofia se entrelaçam na busca de um caminho no qual não se faça notar a discriminação, nem tampouco outros obstáculos que se interpõem para que se materialize justiça, igualdade e dignidade.

De acordo com a literatura consultada, conclui-se que, não obstante a normatização de vocação garantista encontrada na mencionada secretaria, que reflete um cuidado do legislador para que não haja obstáculos no mundo do trabalho das pessoas transgênero, a discriminação se faz notar.

Há de se pensar em uma conjugação entre o Estado atuante por meio de políticas públicas vinculadas às necessidades desse coletivo, por ele colocado em pauta o que considera como questões prementes, bem como pelo Direito regulando e normatizando a matéria, de forma satisfatória, no sentido da construção de um mundo do trabalho verdadeiramente digno, onde não haja lugar para a discriminação, segregação e nenhuma outra forma de violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ABLGBT). **Manual de Comunicação LGBT**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/docs/ManualdeComunicacaoLGBT.pdf.>. Acesso em: 02 maio 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In: LIGIERO, Wilson Ricardo (org.). **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade:** e outros escritos morais. - 2.ed. - São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BODSTEIN, Regina. **Democracia e cidadania**: notas para um debate sobre direito à saúde. Iência & Saúde Coletiva, v. 8, n. 1, p. 19-32, 2003.

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 10.ed. rev., atual e amplia. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL [Código civil (1916)]. **Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **LGBT**: programas. [s.d.]. Disponível em: < http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/programas>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Huma-

nos. **Relatório de violência homofóbica no Brasil**: ano 2013. Disponível em: < http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. “O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 703-724, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200013>. Acesso em: 15 maio 2107.

CARVALHO, Evelyn Raquel. Sexualidades, corporalidades e transgêneros: narrativas fora da ordem. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 7., 2006, Florianópolis/SC. **Anais**. Florianópolis, SC: UFSC, 2006. Disponível em: <*www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/E/Evelyn_Carvalho_16.pd*>*. Acesso em: 26 abr 2017.*

CUNHA, José Ricardo. Direito e marxismo: é possível uma emancipação pelo direito? **Revista Direito e Práxis**, v. 5, n. 9, 2014. Disponível em: <*http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/13867/10654*>*. Acesso em: 16 maio 2017.*

__________. Direito, ética e complexidade: apontamentos numa perspectiva pós-positivista. **Quaestio Iuris**, v. 1, n. 1, p. 35-78, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/quaestioiuris/article/view/11751/9198>. Acesso em: 14 maio 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. *Acesso em: 31 maio 2017.*

DIAS, Nelci. “O mundo do Trabalho: desafios para trabalhadores e gestores da saúde. ”. In: BRAGA, Ialê Faleiros et al (org.). **O trabalho no mundo contemporâneo:** fundamentos e desafios para a saúde. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ESPJV, 2016.

ENZO, Bello. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. *Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.*

INSTITUTO DA MULHER NEGRA (GELEDÉS). **A invisibilidade das pessoas transgêneros no Brasil**. 2015. Disponível em: <http://www.geledes.org.br/a-invisibilidade-das-pessoas-transgeneros-no-brasil/#gs.r2aVBek>. Acesso em: 30 abr 2017.

IRIGARAY, Hélio Arthur Reis. Discriminação por orientação sexual no ambiente de trabalho: uma questão de classe social? Uma análise sob a ótica da pós-modernidade crítica e da *Queer Theory.* In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA, 2008, Salvador. [**Anais**...]. Salvador: ANPAD, 2008. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnAPG121.pdf.>. Acesso em: 8 de maio de 2017.

LOPES, José Sérgio Leite. “O trabalho no mundo contemporâneo”. In: BRAGA, Ialê Faleiros et al (org.). **O trabalho no mundo contemporâneo:** fundamentos e desafios para a saúde. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ESPJV, 2016.

MACHADO, Marcelo Ferreira. “O princípio da dignidade da pessoa humana como vetor axiológico e limitativo nas relações conflituosas decorrentes do assédio moral: experiências práticas, legislativas e jurisprudenciais. ” In: SALLES, Sergio de Souza et al (Org.) **Direitos fundamentais e efetivação.** Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

MORAES, Ana Beatrice Tedesco. Identidade e trabalho: um relato sobre as produções científicas brasileiras. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO DE PSICOLOGIA

SOCIAL, 15., 2009, Maceió. **Anais**. Maceió, 2009. Disponível em: <http://abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/365.%20identidade%20e%20trabalho.pdf>. Acesso em: 5 maio 2017.

MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PARDI, Eliane Cristina, GRIMONE, Marcelo José. A trajetória dos direitos humanos. In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan et al. (org.). **Direitos humanos:** perspectivas e reflexões para o século XXI. São Paulo: LTr, 2014. Disponível em: <http://docplayer.com.br/16905175-Direitos-humanos-perspectivas-e-reflexoes-para-o-seculo-xxi.html>. Acesso em: 13 abr 2017.

Yogyakarta, Princípios de. 2006. Disponível em: <http://www.sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/2009/05/principios-de-yogyakarta-final.pdf. >. Acesso em: 31 maio 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2.ed. rev., atual e amplia. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUCO, Fernandéz;. HATZA, N. Transsexual aging: needs and difficulties. **Kairós Gerontologia**, v. 16, n. 1, p. 95-104, 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br//index.php/kairos/article/view/17554/13052->. Acesso em: 16 maio 2017.

TEIXEIRA, M. C. Os transexuais e o sexo pra chamar de seu. **Revista aSEPHallus**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 14-26, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2008

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS SOB A ÓTICA DO ESTADO LAICO E DO LIBERALISMO DE JOHN RAWLS

Simone Alvarez Lima
Pedro Henrique Savian Bottizini

INTRODUÇÃO

O trabalho a seguir tem como objetivo analisar a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, investigando se há ou não impacto da religião nas decisões que são por ela tomadas. Será demonstrado que alguns itens existentes nos projetos de lei e decisões realmente têm potencial de ferir o estado laico, tais como o Decreto Legislativo 234/11, popularmente conhecido como a "cura gay" e o projeto de Lei nº 1.411/11 que livra os templos religiosos da aplicação da lei de discriminação e os autoriza a vetar o casamento gay, batizado de filhos de casais homossexuais e outras cerimônias religiosas.

A metodologia adotada foi a pesquisa doutrinária, cujo marco teórico foi John Rawls, e documental, uma vez que foram consultados livros e projetos/decisões tomadas pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, especialmente, em 2013.

O primeiro item será conceitual, pois será explicado o conceito e a importância de um Estado laico em um país heterogêneo e continental como o Brasil e também trará algumas curiosidades históricas. No segundo, o tema central será a Comissão de Direitos Humanos e Minorias, a qual foi presidida, em 2013, pelo Deputado Marco Feliciano e, atualmente, pelo Padre João. O terceiro e último item terá como objetivo explicar como John Rawls imagina uma sociedade regida pela equidade, demonstrando que a sociedade ideal é aquela que reconhece a pluralidade de ideias, mas que reconhece a existência de um patamar que todos os cidadãos razoáveis hão de concordar e, a partir disto, mostraremos que nem sempre a decisão de um Estado que esteja em concordância com princípios religiosos infringe a laicidade estatal, uma vez que o teste da razoabilidade apontará para a solução justa do ponto de vista legal que, em algum momento, pode ser a mesma que a religiosa.

1. DEFINIÇÃO DE ESTADO LAICO

Antes de focarmos sobre a Comissão de Direitos Humanos e Minorias, é importante esclarecer o leitor a respeito da laicidade e da união e separação entre Estado e Igreja.

Autores do jusnaturalismo moderno (século XVII) sustentaram uma visão medieval de uma república cristã, governada por uma "lei evangélica", que incluía uma lei moral natural com caráter religioso. Hervada (1991, p. 253) narra que a dolorosa experiência das guerras religiosas levou a busca de princípios comuns a todos os homens, independentes da fé que eles professavam. Segundo Orrego (2005, p. 125), a necessidade prática de superar, de modo pacífico, as guerras religiosas, se unia à convicção teórica sobre a capacidade da razão natural para descobrir essas normas morais e, neste sentido, os primeiros autores considerados liberais, combinaram a defesa da

tolerância religiosa com as exigências de uma ética objetiva e racional capaz de fundamentar a ação política. Entendeu-se que a religião era algo atinente ao âmbito privado, já a razão era atinente ao âmbito público e compartilhado.

Ao final do século XX, a ideia de que as convicções religiosas são privadas e que não podem fundamentar a legislação já havia fincado profundas raízes na sociedade, mas o problema ainda era estender a mesma privatização da religião às conclusões supostamente racionais da ética do direito natural.

Oliveira (2014, p. 47) ao escrever sobre Estado laico, ensina que a diferenciação entre o poder do Estado e o poder religioso constituiu um dos principais fatores que permitiram e condicionaram o processo de formação dos Estados modernos à modernização das sociedades europeias e posteriormente, ocidentais.

Os tratados de Westphalia estabeleceram e formalizaram alguns dos princípios fundamentais para a organização dos Estados-nação e do moderno "Sistema Internacional" de Estados e, dentre estes princípios, estava o da soberania do Estado sobre o seu território, o qual teria autodeterminação política. Deste princípio advém o direito de autodeterminação do Estado sobre sua própria religião em conjunto com a recomendação de tolerância com o exercício privado da religião das minorias. Assim, "a partir de Westphalia, a autoridade do Estado deixa de ser vista como derivada da autoridade religiosa e passa a ser autorreferente, estabelecendo uma demarcação entre o poder do Estado e o poder religioso, assim como a soberania do primeiro sobre o segundo." (OLIVEIRA, 2014, p. 46).

Nem sempre o Brasil foi um Estado laico, pois a Constituição de 1824 se caracterizou pela união entre o Estado e a Igreja Católica, proclamando o catolicismo como religião oficial do Brasil, apesar de conceder liberdade de outras crenças no âmbito privado. O art. 95 desta Constituição determinava que não

poderiam ser eleitores e nem candidatos ao parlamento aqueles que não fossem católicos. Após a proclamação da República, através do Decreto 119-A de Rui Barbosa, houve o rompimento nas relações entre Estado e religião, o que se refletiu na Constituição Federal de 1891 e, desde então, o Brasil é regido por um Estado laico, destacando que a Constituição de 1891 foi a única Carta Magna republicana democrática que não mencionou Deus em seu preâmbulo. (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 26)

Ao ler o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o leitor pode indagar se realmente a ordem estabelecida teve bases laicas, uma vez que ao final se depara com a expressão "sob a proteção de Deus". Zylbersztajn (2012, p. 36) alerta que a Constituição vigente não possui dispositivo que diga "o Estado brasileiro é laico", mas entende que a laicidade é um princípio abrigado no corpo do texto, formado por outros elementos que o compõem como, por exemplo, o art. 19 da mesma, o qual levará o intérprete / aplicador do Direito a entender que sim, o Brasil é um Estado laico, pois dispõe sobre a laicidade do país, proibindo a União, os Estados e os Municípios de estabelecerem cultos e alianças com igrejas ou representantes delas.[157]

Desta forma, o Brasil tem o dever de garantir o exercício livre da religiosidade e de não eleger uma religião oficial ou prejudicar o exercício das religiões, ressalvado interesse público legalmente definido. Mas o que vem a ser laicidade? Esta definição e características do instituto encontram-se previstas entre os arts. 4º e 7º da Declaração Universal da Laicidade no Século XXI, documento que visa conceituar a laicidade no âmbito internacional, uma vez que os documentos internacionais existentes abordam a liberdade religiosa, mas

157. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

não trazem o entendimento claro sobre laicidade. Segundo esta Declaração, a definição de laicidade é, *in fine*:

> Art. 4º Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e a sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos.

Segundo Ferdinando Martins, coordenador do Programa USP Diversidade e professor da Escola de Comunicações e Artes (ECA), a discussão sobre a separação fática (não apenas jurídica) entre Igreja e Estado na política ainda é recente na sociedade brasileira. Nas palavras do professor, "até pouco tempo o Estado era laico só no papel. Isso só se tornou uma mobilização de fato há uma ou duas décadas, muito em decorrência dos movimentos Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais (LGBT) e feminista, que lidam justamente com as questões da liberdade sexual e do aborto". (OLIVEIRA, 2013)

Corroborando com a afirmação do professor Ferdinando Martins, outra situação que demonstra que a laicidade ainda precisa evoluir muito no quesito social, são as taxas de discriminação religiosa que aumentaram 70% comparada a 2012 no Brasil, chegando a 252 casos. O local com o maior número de denúncias formalizadas foi São Paulo (37), seguindo-se o Rio de Janeiro (36), Minas Gerais (29) e Bahia (23). Em junho de 2015, uma menina de 11 anos foi apedrejada quando saia de um culto religioso em um subúrbio do Rio de Janeiro. Outros quatro assassinatos bárbaros em um período de dois meses aconteceram a frequentadores do candomblé angola. (SAGUI, 2013)

Se por um lado a sociedade ainda precisa evoluir no respeito às diversas formas de manifestação das religiões, a legislação se preocupou em vetar este tipo de conduta. Entretanto a formação de uma bancada evangélica no Congresso Nacional leva a indagar se parlamentares pertencentes a ela estão obedecendo ao princípio da impessoalidade na hora de votar projetos de lei polêmicos a respeito de questões raciais, de gênero, direito ao aborto, eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo. Todas estas questões comprovam a pluralidade de pensamentos presente na sociedade e neste cenário surge a discussão a respeito do liberalismo político, cuja tese defendida é a que a determinação do justo político se pode fazer recorrendo a razões públicas, independentes das diversas e incompatíveis concepções globais sobre uma vida boa.

O liberalismo político, representado por John Rawls no final do século XX, trouxe o entendimento de que a política e a legislação apenas podem se basear em razões públicas, na busca de convicções que pudessem ser compartilhadas por todos os cidadãos racionais e isto significa que não pode um religioso impor as suas convicções pessoais (ou a de um determinado grupo) no momento de votar um projeto de lei ou de decidir sobre alguma coisa pública, tendo em vista que sua convicção moral não é a mesma compartilhada igualmente na sociedade. Nem sempre isto acontece na realidade e um dos Deputados mais polêmicos, especialmente quando presidiu a Comissão de Direitos Humanos e Minorias, foi Marco Feliciano, o qual será objeto do item a seguir.

2. PASTOR MARCO FELICIANO E A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS

A Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados tem como objetivo, de acordo com seu regi-

mento interno, contribuir para a afirmação dos direitos humanos através da avaliação de casos, discussão de propostas legislativas e fiscalização de programas governamentais referentes a este tema. Ela possui o dever de cuidar e pensar os assuntos referentes aos direitos das minorias étnicas e sociais do país como um todo.[158] (REGIMENTO INTERNO DA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS).

Marco Feliciano, filiado ao Partido Social Cristão (PSC), é um deputado com longa história na Igreja Evangélica. Foi um famoso pastor da Igreja Assembleia de Deus Catedral do Avivamento, tendo um programa, no passado, transmitido na TV aberta. Na política, se tornou líder da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM), em 06 de março de 2013, quando retirou itens que previam discussões sobre projetos com forte conteúdo moral, tais como a convocação de um plebiscito sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo e a definição de crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, religião e etnia. (OLIVEIRA, 2013)

Segundo Cunha e Cavaliere (2007), quando os evangélicos (ou qualquer outro cristão) usam sua fé de forma agressiva, até mesmo retrocedendo em matéria de direitos humanos, para opinar moralmente a respeito de direitos na vida pública, nos debates políticos e nas instâncias de governo "é um exemplo evidente do caráter nocivo da interferência das crenças religiosas no espaço público e, mais ainda, constitui uma ameaça perigosa e um avanço preocupante contra as conquistas representadas pela laicização do Estado brasileiro."(2007, p.118)

---

158. A Comissão de Direitos Humanos e Minorias tem como atribuições constitucionais e regimentais: receber, avaliar e investigar denúncias de violações de direitos humanos; discutir e votar propostas legislativas relativas à sua área temática; fiscalizar e acompanhar a execução de programas governamentais do setor; colaborar com entidades não-governamentais; realizar pesquisas e estudos relativos à situação dos direitos humanos no Brasil e no mundo, inclusive para efeito de divulgação pública e fornecimento de subsídios para as demais Comissões da Casa; além de cuidar dos assuntos referentes às minorias étnicas e sociais, especialmente aos índios e às comunidades indígenas, a preservação e proteção das culturas populares e étnicas do País. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. S/D).

O Deputado Marco Feliciano usou sua fé para intervir no andamento da máquina pública e isto pode ser comprovado por meio da leitura de alguns projetos aprovados por ele, os quais levam à desconfiança sobre se a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara estava nas mãos de um Deputado que respeita o ideal do Estado laico.

Em 2013, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias aprovou o projeto de Decreto Legislativo 234, de autoria de João Campos (PSDB-GO), conhecido pelo nome "Cura Gay", cuja proposta era a retirada de determinados trechos da resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 1, de 23 de Março de 1999, como, por exemplo: "Art. 3° – os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados". Em outras palavras, o profissional de psicologia poderia dar orientação para a pessoa que quisesse deixar de ser homossexual, uma vez que seria visto como um doente. Tal projeto encontra-se arquivado desde 02 de julho de 2013 por ter sido retirado pelo próprio autor.

Além deste, a Comissão presidida por Marco Feliciano, em outubro de 2013, aprovou o projeto de Lei nº 1.411, de 24 de maio de 2011, que livra os templos religiosos da lei de discriminação e os autoriza de vetar casamento gay, batizado de filhos de casais homossexuais e outras cerimônias religiosas, com o objetivo de evitar a criminalização dos religiosos que se recusem a aceitar homossexuais em seus templos. Este projeto permite que um líder religioso expulse um gay de seu templo, vetando-lhe a possibilidade de assistir a um culto religioso, por exemplo. A situação atual do projeto é "Aguardando Designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania." (Pesquisa realizada em 26 de novembro de 2016).

Tais condutas violam o estado laico e o liberalismo proposto por John Rawls. Segundo Orrego (2005, p. 138), a sociedade tem direito de impedir condutas exteriores que sejam contrárias à justiça, por exemplo, o sacrifício humano e a discriminação. Estes projetos, ao permitir a expulsão de pessoas de cultos e ver pessoas como doentes por questões de sentimentos, são contrárias à justiça. Não cabe invocar a liberdade e a democracia contra um princípio de justiça (no caso, a vedação da discriminação), pois a forma de governo democrática se funda no respeito aos direitos humanos, na dignidade da pessoa e nas regras básicas de justiça, em outras palavras, não se pode apelar à dignidade da pessoa e nem à sua liberdade em um sistema democrático para praticar uma ação injusta.

Atualmente, a presidência da Comissão de Direitos Humanos está com o Deputado Padre João Carlos Siqueira (PT-MG), o qual não possui histórico de polêmicas a respeito de projetos de lei que ferem o Estado laico, dentre eles, a criação da política nacional de agricultura urbana. Segundo informações o site do PT, é de autoria do Deputado Padre João a Lei nº 15.456, de 12 de janeiro de 2005, que determina incentivo do Estado para as microdestilarias de álcool e beneficiamento dos produtos derivados da cana-de-açúcar, e a Lei nº 15.012, de 15 de janeiro de 2004, que assegura direitos às famílias atingidas pela construção de barragens hidrelétricas em Minas Gerais.

Estado laico e Igreja não são duas forças incompatíveis. É perfeitamente possível a existência de um Estado laico com a participação política de religiosos, inclusive nos cargos eletivos. Essa coexistência é possível, mas não é livre de turbulências, principalmente num país marcado pelo multiculturalismo e pela diversidade de tradições religiosas convivendo no mesmo espaço social. O fato é que o direito tem sido desafiado com questões morais que, coincidentemente, são aborda-

das por religiosos, tais como homossexualidade e aborto, por exemplo. Dworkin traz um dado relevante:

Em todo o mundo ocidental, mesmo onde a Igreja e o Estado são normalmente separados, a batalha do aborto quase sempre tem um caráter de um conflito entre seitas religiosas. Nos Estados Unidos, as opiniões sobre o aborto correm em paralelo com as crenças religiosas (...). Os religiosos praticantes de todas as tendências religiosas existentes nos Estados Unidos tendem muito mais a sustentar posições conservadoras sobre o aborto do que aqueles que não frequentam suas respectivas igrejas, ou que só o fazem esporadicamente. (DWORKIN, 2009, p. 48)

Dworkin trata da questão antiaborto sob uma perspectiva religiosa, mas a realidade é que a vida é um direito internacionalmente consagrado tanto na Declaração Universal Direitos Humanos como no direito interno de cada Estado e, adotando-se uma hermenêutica positivista, cabe ao operador do direito defender o direito à vida, independentemente de seu caráter moral e religioso. Sendo a vida o pré-requisito de todos os direitos fundamentais, com ele é impossível a primazia de outro direito que venha com ele se chocar. O único limite ao direito à vida é o próprio direito à vida de outrem. Isto não é infração ao estado laico, mas sim o respeito à legislação que deve ser cumprida. Complementando este raciocínio, Orego (2005, p. 141) explica que "a liberdade religiosa é um direito de todos que está limitado pela justiça, ordem pública." Para este autor, pouco importa se o aborto é algo contrário ou não à religião, mas o que deve ser levado em consideração pelo intérprete da lei (ou até mesmo pelo legislador) é se a conduta é legal ou não.

A teoria da justiça como equidade, proposta por John Rawls, procura deduzir a neutralidade por deliberação racional entre indivíduos livres e iguais a partir da posição original, mediante um hipotético véu de ignorância. Este véu

impõe que o legislador / intérprete ou aplicador do Direito não leve em consideração convicções que não são partilhadas igualmente pela sociedade sob pena de exercer o utilitarismo.

3. JONH RAWLS E O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.

O avanço social e da aceitação do outro está cada vez maior no século XXI, tabus vêm sendo quebrados e assuntos que antes eram vetados, hoje fazem parte das discussões em casas de famílias e até mesmo nas escolas. Ofender alguém com base em critérios raciais é crime, usar o jeito de um jovem para humilhá-lo nas escolas, é bullying. Além disto, muitas mulheres se manifestam de forma favorável ao aborto. Oliveira traz uma informação relevante sobre este assunto, qual seja:

> quando representantes de igreja assumem papéis em uma comissão que discute direitos negados às minorias, pode ocorrer um retrocesso em discussões importantes na sociedade. "Num mundo idealizado por alguns setores da população, o casamento deve ser celebrado somente entre um homem e uma mulher. Porém, é fato que homossexuais existem, e eles estão trabalhando, estudando e apresentando suas demandas. O Estado deve dar respostas a elas e, por isso, não pode se prender ao discurso dogmático", declara, completando: "A sociedade pode ter suas diversas religiões, mas na hora de propor políticas públicas não deve aceitar que elas sejam pautadas por pessoas que defendem valores religiosos". (OLIVEIRA, 2013, p.52)

Nesta mesma diapasão, para Rawls (2000, p. 67), o fato de ocuparmos uma posição social particular não é uma boa ra-

zão para propor, ou esperar que os outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça os que se encontram nessa mesma posição, "o fato de professarmos uma doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente, com a concepção do bem associada a ela, não é uma boa razão para propor, ou esperar que os outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça as pessoas que concordam com essa doutrina." Logo, como vetar aquele que deseja entrar em um culto ou ter seu casamento celebrado apenas por esta pessoa não ser heterossexual? A questão não para por aí, pois o que a Comissão de Direitos Humanos e Minorias aprovou foi a humilhação, a expulsão e a cura destas pessoas que representam a minoria que a entidade deveria proteger.

O autor acima sugere uma sociedade em que as pessoas, ao determinarem as regras que as regerão, não saibam a posição que cada pessoa ocupa, daí que aborda a ideia de posição original, que tem relação com o véu da ignorância, pois abstrai das contingências do mundo social, eliminando vantagens de barganha que surgem nas instituições de base de qualquer sociedade, em função de tendências sociais, históricas e naturais cumulativas. Esta sociedade seria regida pela justiça como equidade.

Para esboçar a descrição de uma concepção política de pessoa, Rawls (2000, p. 73) entende que é preciso recorrer para estabelecer a posição original e que a religião não seria algo determinante na sua identidade. O autor afirma que

quando os cidadãos se convertem a outra religião, por exemplo, ou não professam mais uma fé religiosa estabelecida, não deixam de ser, em questões de justiça política, as mesmas pessoas de antes. Não há perda alguma de sua identidade pública ou institucional, nem de sua identidade em termos de lei fundamental. Em geral, ainda conservam os mesmos direitos e deveres básicos, são donos da mesma propriedade e podem fazer as mesmas exigências que antes (RAWLS, 2000, p. 73).

Em outras palavras, não importa se uma pessoa é evangélica, ateia, praticante do candomblé, católica ou espírita, tal pessoa tem a mesma identidade das outras no quesito direitos e deveres básicos, daí que não basta um Estado laico, é necessário um Estado regido por um laicismo evoluído nos moldes rawlsiano.

A respeito do laicismo evoluído, bem afirma Orrego (2005, p. 128), em uma perspectiva de quem admite uma ética objetiva, porém deseja que a política esteja livre de ingerências religiosas pode argumentar da seguinte forma: "as convicções religiosas não devem se impor coercitivamente." O autor, ao estudar Rawls, concluiu que este aborda um laicismo evoluído, o qual aspira excluir do âmbito público não apenas as religiões, mas também as convicções morais consideradas privadas.

O Estado liberal deve ser regido por princípios públicos de justiça como equidade, a qual é neutra entre as diversas concepções de vida humana. Segundo o autor, este Estado não é neutro em questões de justiça ou de direito, e exatamente por isto protege o direito de liberdade religiosa, tal como podemos verificar na primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos e até mesmo na brasileira, porém, é neutro a respeito das crenças particulares sobre qual modo é o melhor para uma vida humana.

Para Rawls (2000, p. 137) ainda que todos os cidadãos se baseiem em suas concepções completas sobre o bem, apenas podem impor coercitivamente aquilo que está coberto por um consenso político por superposição. Para impor a coação não é legítimo pelas a razões religiosas ou morais particulares, e sim apenas a valores que todos possam compartilhar. O estado liberal e democrático apenas pode impor os princípios mais básicos de justiça política, os quais são compatíveis com o respeito à pluralidade de visões sobre o que é bom.

Como citado anteriormente, o direito tem sido desafiado com questões que também são abordadas pelas religiões, e

nem sempre a opinião do Estado será diferente da religiosa, não por estar se permitindo influenciar por esta, mas sim por questões positivistas de fazer cumprir a letra da lei. Orrego, explica de forma clara esta situação através do teste liberal da razão pública proposto por Rawls:

> Os argumentos para despenalizar ou legalizar o aborto, baseados na apelação à liberdade religiosa, pressupõem uma concepção particular muito discutível sobre a liberdade religiosa e a laicidade do Estado. De fato, se trata de uma concepção que não pode ser compartida racionalmente por todos os cidadãos razoáveis que aderem a diversas religiões. Com outras palavras a concepção de liberdade religiosa e de laicidade do estado defendida pelos liberas partidários do aborto não é capaz de superar o teste liberal da razão pública (tradução livre). (ORREGO, 2005, p. 138)

Assim, quando um agente público, seja ele do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, quando no exercício de sua respectiva função pública não deve se basear em seus conceitos religiosos. Não cabe decidir se gays devem ou não se casar, adotar crianças, se a mulher pode ou não abortar com base em escrituras bíblicas, pois a decisão e/ou ato praticado é da Administração Pública, e não do agente em si, pois não se pode olvidar que um dos princípios que orientam esta Administração é o da impessoalidade, previsto no art. 37, §1º da Constituição Federal, princípio este que impõe que o ato "não deve conter a marca pessoal do administrador, ou seja, os atos públicos não são praticados pelo servidor, e sim pela Administração a que ele pertence." (ANDRADE, 2016).

Segundo Meirelles (2001, p. 86), o princípio da impessoalidade incorpora o da finalidade, o qual impõe que o adminis-

trador público apenas pratique o ato para o seu fim legal, de forma impessoal, e todo ato que se apartar do objetivo legal se sujeitará a invalidação por desvio de finalidade, que é, segundo o parágrafo único do artigo 2º, "e" da Lei nº 4.717/65, "o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência do agente." Zago (2001, p. 179) esclarece que o princípio da impessoalidade significa que o agente deve agir com neutralidade, sendo-lhe vetado o uso do arbítrio e do dirigismo oposto ao do interesse público, "seja com vistas ao obséquio, seja com vistas ao prejuízo. " Assim, não é permitido ao agente público religioso se utilizar do aparato administrativo/legislativo, custeado pela *res publica*, para o alcance de seus próprios interesses ou de terceiros.

Deste modo, quando um agente público ultrapassa sua competência, desviando dos conformes da legalidade e usando a moralidade absorvida pela fé que professa, está violando o princípio da impessoalidade, o qual é intimamente ligado ao laicismo evoluído de Rawls.

CONCLUSÃO

O Brasil deixou de ser um país ligado intimamente com a Igreja Católica para se tornar um Estado Laico. A laicidade, assegurada na Constituição Brasileira, é uma das mais importantes manifestações democráticas porque garante a pluralidade religiosa e a liberdade de culto ao povo brasileiro. Somente num Estado laico, em que o compromisso do político seja com a razão, e não com a religião, é que os Direitos Humanos serão verdadeiramente vividos e observados, porém, não necessariamente um parecer ou decisão da Comissão de Direitos Humanos e Minorias pode estar influenciado pela religião.

Quando se veta o aborto, por exemplo, o bem protegido é a vida, direito constitucionalmente previsto, assim como

quando se veda a livre utilização de drogas, o que se protege é a saúde, bem que o Estado é obrigado a tutelar, segundo o art. 196 da Constituição Federal. Dworkin (2009) trata da questão antiaborto sob uma perspectiva religiosa, mas a realidade é que a vida é um direito consagrado tanto na Declaração Universal Direitos Humanos como no direito interno de cada Estado e, adotando-se uma hermenêutica positivista, cabe ao operador do direito defender o direito à vida, independentemente de seu caráter moral e religioso.

O Estado laico não veta que um religioso assuma uma posição de autoridade, o que deve ser evitado, segundo a teoria de John Rawls, é que o Estado seja firmado dentro de uma base moral e/ou religiosa, pois isto seria utilitarista e a atuação do Deputado Marco Feliciano foi utilitarista, tanto que um de seus projetos aprovados "cura gay" sofreu tanta pressão negativa da sociedade que seu autor preferiu retirar o projeto. Esta pressão comprova que a Comissão estava atuando em um âmbito no qual não há concordância homogênea, infringindo princípios jurídicos (não discriminação e igualdade). Por outro lado, o atual presidente da Comissão em estudo, Padre João, não tem em seu histórico polêmicas referentes à violação do Estado laico, o que comprova que a religião em si não atrapalha o andamento da política, atingindo assim o liberalismo social almejado por John Rawls.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Tobias de Oliveira. *Princípios constitucionais do Direito Administrativo*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_lei tura&artigo_id=11668&revista_caderno=4. Acesso em 21 de setembro de 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDHM*. Disponível em: http://www2.cama-

ra.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-perma nentes/cdhm/conheca-a-comissao. Acesso em 25 de setembro de 2016.

CUNHA, Luiz; CAVALIERE, Ana. O ensino religioso nas escolas públicas brasileiras: formação de modelos hegemônicos. In: PAIXÃO, Lea; ZAGO, Nadir (Org.). Sociologia da Educação: pesquisa e realidade brasileira. Petrópolis: Vozes, 2007.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida. Trad. Por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FROTA, Marcel. *Comissão de Direitos Humanos aprova projeto da cura gay*. 2013. Disponível em: http://poderonline.ig.com.br/index.php/2013/06/18/comissao-de-direitos-huma nos-aprova-projeto-da-cura-gay/. Acesso em 24 de setembro de 2016.

IG-SÃO PAULO. *Comissão de Feliciano aprova projeto que autoriza templos religiosos a vetar gay*. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-10-16/comissao-de-feliciano-aprova-projeto-que-autoriza-templos-religiosos-a-vetar-gay.html. Acesso em 24 de setembro de 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Gilson. Educação, laicidade e pluralismo: Elementos para uma genealogia dos debates sobre o ensino religioso no Brasil. *Revista Teias* v. 14 • n. 36 • 43-60 • (2014): Estado, Educação Pública e Laicidade.

OLIVEIRA, João Vitor. *Feliciano gera discussão sobre Estado laico*. Disponível em: http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2013/04/20716/. Acesso em 17 de setembro de 2016.

PARTIDO DOS TRABALHADORES. *Padre João*. Disponível em: http://www.pt.org. br/padre-joao. Acesso em 24 de setembro de 2016.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

RODRIGUES, Sérgio Murilo. *Habermas e o problema da religião na esfera pública*. Disponível em: http://fmd.pucminas.br/wp/wp-content/uploads/2016/03/Artigo-Sergio--Virtua-Jus.pdf. Acesso em 19 de setembo de 2016.

SAGUI. *Estado laico cristão?* Disponível em: http://www.esquerdadiario.com.br/ Estado-Laico-Cristao. Acesso em 16 de setembro de 2016.

ZAGO, Lívia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. 248 p.

APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.019/2014 NO ÂMBITO MUNICIPAL: CHAMAMENTO PÚBLICO PARA SELEÇÃO DE ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Tânia Mara Lourenço Vesentini

INTRODUÇÃO

No Brasil, o engajamento das organizações da sociedade civil – OSCs denominadas de "interesse público" e "sem fins lucrativos" na formulação e execução de políticas públicas, por meio de parcerias com entes federados, expandiu-se com a democratização do Estado, a consagração da cidadania como um de seus fundamentos pela Constituição Federal de 1988 – CF, municipalização dos serviços e atividades que até então eram centrados na esfera federal e participação social. Todavia, a configuração destes ajustes sempre apresentou deficiências de diversas ordens.

No caso das firmadas com os Municípios, as mais recorrentes: i) ausência de normas específicas, ii) profusão e alterações de regulações infralegais; iii) instabilidade normativa do convênio e iv) ausência de procedimento seletivo, foram supridas pela Lei nº 13.019/2014[159].

159. O presente estudo é adstrito as inovações ou retrocessos da lei quanto ao

De abrangência nacional, referida Lei reconheceu a importância das OSCs na consecução de finalidades de interesse público, estabeleceu regime jurídico próprio para referidas parcerias e, em substituição aos convênios, criou instrumentos específicos para sua formalização: termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação, que via de regra devem ser precedidos de chamamento público, procedimento este tema de especial atenção deste estudo.

Em que pese o fortalecimento das OSCs, a tão esperada Lei, que em sintonia com o desenvolvimento da cidadania era prioridade da "Plataforma por um Novo Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil", apresentou alguns equívocos, como a possibilidade da administração pública interferir na autonomia e liberdade das OSCs, ensejando manifestações e debate de caráter nacional[160], coadunando em sua alteração pela Lei nº 13.204/2015, que incluiu o acordo de cooperação, flexibilizou requisitos habilitatórios, alterou o detalhamento do edital de chamamento público, destacados dentre outros, em função da relação com o estudo.

Ora, elaborar edital de chamamento público nos moldes do novo paradigma, impõe repensar o assunto, perceber as mudanças, encaminhar ideias, trocar experiências e traçar um novo caminho, principalmente no caso dos vários Municípios que ainda não regulamentaram a Lei que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2017.

Para isto, o Capítulo 2 faz breve alusão ao termo sociedade civil e suas organizações. O Capítulo 3 conceitua OSC e traça de forma concisa o panorama normativo do sistema de parceria com a administração pública até a Lei nº 13.019/2014 e relata suas alterações (3.1).

---

chamamento público.

160. Para complementar o assunto veja LOPES, SANTOS e BROCHARDT (2016, p.p. 25-40).

Cautelas a serem observadas no chamamento público expostas no Capítulo 4 estão divididas nos itens 4.1 – acordo de cooperação e 4.2 termos de colaboração ou de fomento.

O Capítulo 5 trata da aplicação da Lei no Município de Osasco/SP e estratégias atinentes à elaboração do edital de chamamento público. E as Considerações Finais estão no Capítulo 6.

Esta é a perspectiva do presente estudo, subsidiar reflexões e fomentar debates no âmbito municipal relativos ao edital de chamamento público, uma das formas de implementação da Lei nº 13.019/2014 alterada, grande desafio dos atores do setor público e da sociedade civil, empenhados em garantir sua eficácia e efetividade.

1. SOCIEDADE CIVIL E SUAS ORGANIZAÇÕES

A doutrina não é uníssona quanto a definição de "sociedade civil". Deveras utilizada com significados ambíguos, é entendida por GÓMES como "esfera não estatal, antiestatal, pós-estatal e até supra-estatal" (2003, p. 11).

Aqui nos importa o seu uso mais tradicional, segundo o qual corresponde à esfera privada "e abrange suas variadas formas de organização e de expressão – com ou sem fins lucrativos, podendo ser legalmente constituídas ou espontâneas e informais"[161] (OLIVEIRA e HADDAD, 2001, p. 62).

Segundo FERNANDES o termo sociedade civil

> saiu dos livros de história européia e começou a penetrar no vocabulário dos ativistas sociais latino-americanos ao final dos anos 70. Uma década mais

161. Contempla, assim, "el ámbito en que los ciudadanos e y los movimentos sociales se organizan en torno a determinados objetivos, grupos de personas, o temas de interés" (VELÁSQUEZ, 2013, s/p), por meio de "amplos e flancos canais de comunicação entre a Sociedade Civil e o Governo" (CICCO e GONZAGA, 2012, p. 272) que permitem o desenvolvimento social.

> tarde, ela predomina sobre as demais categorias do discurso político e é embalada ainda pelo ardor das novas instituições (1994, p. 87).

Este entendimento não destoa da realidade brasileira, onde o empoderamento da sociedade civil surgido nos anos 1970, com movimentos sociais pela democratização[162] do Estado, vai ganhando espaço com a descentralização político-administrativa e participação social, tornados legítimos pela Constituição Federal de 1988 – CF como pilares de sustentação da gestão democrática e controle da atuação estatal (*ex vi*, arts. 204, I e 227, § 1º, CF), e nos anos 1990 com a reforma administrativa do Estado, favorecendo a criação de novas organizações e fortalecimento das existentes[163] (ROCHA, 2009, p.p. 42-46).

A participação social, identificada por GOHN de cidadã (2001, p. 56), fundada na luta pelos direitos sociais, na expansão da cidadania e na compreensão da alteração do papel social do Estado – gestão democrática descentralizada, ganha espaço em questões públicas e passa a ser conhecida como "sociedade civil organizada" e com esta se propaga o termo "organizações da sociedade civil".

> Numa acepção mais contemporânea, portanto, sociedade civil organizada e OSCs confundem-se para designar o multifacetado universo de organizações constituídas livremente por cidadãos que atuam diante da carência de produtos e serviços que o Estado não atende de modo satisfatório e o mercado

---

162. Questão não é uníssona. Comungo do posicionamento que divide o processo de democratização em 3 fases: 1974/1982 - indícios da transição ditadura-democracia, 1982/1985 - civis começam ganhar destaque e 1985/1989 - ONGs participam de mobilização para mudança e defesa de direitos (KINZO, 2001).

163. Não há "participação nas políticas públicas [sem] a existência de organizações da sociedade civil fortalecidas e autônomas" (CICONELLO, 2008, p. 9).

> não tem interesse de atender[164] (OLIVEIRA e HADDAD, 2001, p. 62).

Neste sentido, "el Estado en su significado ampliado consiste de sociedade civil y sociedad política [y] la sociedad civil, de otra parte, constituye las organizaciones voluntarias al interior de la sociedad" (GRAMSCI *apud* GREEN, 2001, p. 85).

Por outro lado, SCHERER-WARREN assevera que a sociedade civil representa a forma de organização dos interesses e valores da cidadania em benefício das políticas sociais e públicas, protestos, manifestações e pressões políticas, e por vezes é erroneamente denominada como "terceiro setor", o que comporta ambiguidade, pois referida expressão é utilizada para denominar as "organizações formais sem fins lucrativos e não-governamentais, com interesse público. A sociedade civil inclui esse setor, mas também se refere à participação cidadã num sentido mais amplo" (2006, p. 110)[165].

•Das três categorias de classificação dos níveis de organização dos interesses e valores de cidadania criadas por SCHERER-WARREN, para o caso se destaca a articulação inter-organizações, que são representadas por

> fóruns da sociedade civil, as associações nacionais de ONGs e as redes de redes, que buscam se relacionar entre si para o empoderamento da sociedade civil, representando organizações e movimentos do associativismo local. É através dessas formas de mediação que se dá a interlocução e as parcerias mais institucionalizadas entre a sociedade civi**l e**

164. Para PAES (2009, p. 14) sociedade civil organizada é sinônimo de terceiro setor.

165. O tema "terceiro setor" não será matéria de análise, o qual comporta um estudo próprio em face de sua complexidade. Cabe apenas esclarecer, que sua utilização teve início nos Estados Unidos da América como terceiro setor em contraponto ao primeiro que é o Estado e segundo setor que é o mercado.

o Estado, [com destaque para as celebradas entre OSC e administração pública] ibid, g.n.

2. OSC: CONCEITO E PANORAMA NORMATIVO DO SISTEMA DE PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O ordenamento jurídico pátrio não reconhece o termo OSC[166]. A própria Constituição Federal utiliza várias terminologias, como exemplo: "entidades beneficentes e de assistência social" (art. 204, I), "instituições privadas", "entidades filantrópicas", e "entidades sem fins lucrativos" (art. 199, §1º), ao se referir às organizações da sociedade civil sem fins lucrativos.

De igual forma, a doutrina é inexpressiva e utiliza inúmeros termos, *ex vi*, terceiro setor, ONG[167], OSCIP, organizações associativas, demonstrando a ausência de consenso quanto a definição de OSC em nosso país.

Daí a dificuldade de se manter um recorte adequado para as OSC, com definição precisa, indicação da pluralidade de organizações com naturezas e finalidades distintas e sua classificação, como ocorre na literatura estrangeira, o que se espera tomar forma no Brasil.

Alguns países vizinhos já utilizam a expressão. Para ACOTTO são as "organizaciones conformadas por pessoas que se nuclean en grupos estructurados en base de normas, interesses, objetivos y fine particulares, que tiendem a dar respuestas a necesidades sociales, grupales o colectivas" (2003, p. 35), incluem "tanto las ONG como las organizaciones populares – formales o informales – y otras categorias" (VELÁSQUEZ, 2013, s/p).

s

166. Referido termo não se confunde com qualificação de OSCs pelas Leis nº 9.637/1998 como OS e 9.790/1999 como OSCIP, certificação de entidades beneficentes de assistência social - CEBAS ou declaração de utilidade (art. 9º da Lei nº 13.204/2015 revogou o Decreto que a regulamentava).

167. BID refere-se as ONGs como OSCs desde 1995 (OLIVEIRA e HADDAD, 2001, p. 62).

Dirimindo a ausência de supedâneo legal e doutrinário quanto a definição do termo, pelo menos no que se refere à aplicação Lei nº 13.019/14, o legislador optou por distinguir as OSCs em três categorias[168]:

> Art. 2º [...]
>
> a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constiutição do fundo patrimonial ou fundo de reserva;
>
> b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social;
>
> c) as organizações religiosas que se dediquem a atividade ou projetos de interesse público e de cunho

168. No texto original a lei abrangia apenas entidade sem fins lucrativos que não distribua lucros. Importante ressaltar que tais entidades não possuem natureza jurídica, são instituídas nos termos do Código Civil Brasileiro sob a forma de associações ou fundações – art. 44 e sgts. Sociedades cooperativas e organizações religiosas foram incluídas com a alteração da lei.

> social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos[169].

Todavia, antes desta Lei, o sistema normativo das parcerias firmadas com organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, para consecução de finalidades de interesse público, era composto por um emaranhado de leis, decretos, portarias, instruções normativas (LOPES et al, 2014, p. 70), muitas aplicáveis somente na esfera federal, que ensejavam uso e analogia inadequados, interpretações divergentes, dificuldade na gestão da prestação de contas e controle de resultados, trazendo insegurança jurídica.

Ex vi, os convênios de natureza financeira, para fins de execução descentralizada de programa de trabalho de responsabilidade do governo federal, tendo como partícipes órgãos da União com outras esferas de governo ou organização particular, disciplinados pela Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional IN 1/97 alterada; as transferências de recursos da União mediante convênio e contratos de repasses regulados pelo Decreto nº 6.170/2007, que inclusive regulamentou no âmbito federal o art. 116 da Lei nº 8.666/93, aplicável aos demais entes federados quando da celebração de convênios com entidades sem fins lucrativos.

Como se percebe desde logo, referidas organizações que clamavam pela regulamentação da matéria, sempre foram marcadas por confusões terminológicas, indefinição dos papéis sociais desempenhados no setor público e ausência de instrumento específico para a celebração de parceria[170], dentre outros elementos.

169. As sociedades cooperativas possuem regime jurídico próprio desde 1971 - Lei nº 5.764. A terceira categoria, por sua vez, que tem como tradição "a ajuda ao próximo, o repartir, a preocupação social" (PAES, 2001, p. 16), possui liberdade de criação, organização, estrututuração interna e o funcionamento (art. 44, IV e § 1º, Código Civil).

170. Motivo pelo qual as discussões recentes sobre o tema têm suscitado confusões na terminologia do termo.

Entretanto, o problema somente entrou na agenda do governo federal após denúncias de desvirtuamento da utilização dos recursos públicos repassados, de corrupção ativa e passiva por parte dos atores envolvidos nas políticas públicas, culminando na instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, que apontava para a imperiosidade de se regularizar a situação.

Assim, o processo legislativo[171] se inicia com Projeto de Lei de autoria da CPI ONGs 2001 do Senado – PLS 7/2003, recebido pela Câmara dos Deputados sob nº 3877/2004, e em paralelo com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial pela Secretaria do Tesouro Nacional, instituído para os fins de elaborar propostas e análises sobre o assunto. Referido Projeto principal - PL 3877 foi declarado prejudicado pela aprovação do PLS 649/2011 de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira[172], recebido pela Câmara dos Deputados sob nº 7168/2014, que foi transformado na Lei nº 13.019/2014, conhecida pela sigla MROSC – Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

3.1 DAS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13019/2014

Apesar da Lei ser um grande avanço na garantia da participação democrática, na sistematização jurídica e institucional, a verificação de deficiências, contradições, não integração com o ordenamento vigente e engessamento de sua aplicabilidade, dentre outros aspectos, insurgiu inúmeros debates de caráter nacional.

Assim, o prazo da *vacatio legis* foi adiado por duas vezes, e a mencionada Lei foi alterada significativamente um ano e meio após sua publicação pela Medida Provisória nº 684/2015 transformada na Lei nº 13.204/2015, antes de ter entrado em

---

171. Como resultado da deficiência legal e doutrinária sobre o tema, o próprio legislador (Senado e Câmara dos Deputados) quando do primeiro Projeto de Lei fez confusão sobre a terminologia, na ementa constou "organizações não governamentais" e o seu art. 1º mencionava "entidades de direito privado sem fins lucrativos". O segundo Projeto de Lei de autoria do Senado previa "entidades de direito privado sem fins lucrativos" e somente na Câmara dos Deputados passou a ser designada como OSC.

172. PLS elaborado após o Relatório Final da CPI de 2007 (2010).

vigor (para a União, Estados e Distrito Federal entrou em vigor em 23/01/2016 e para os Municípios em 1º/01/2017).

Certo é que as alterações trouxeram maior compreensão em alguns aspectos e desburocratizaram as parcerias. Todavia, ante a falta de ordem textual[173] e clareza de alguns dispositivos, criaram novos desafios ao aplicador da Lei na elaboração do edital de chamamento público, principalmente no âmbito municipal, onde a seleção das OSCs parceiras era feita de forma aleatória, sem nenhum critério objetivo de escolha.

Assim, além de buscar soluções na interpretação da Lei, revisitando conceitos, modelos, estruturas, requisitos, experiências e práticas administrativas, dentre tantos outros, como sempre acontece com novas normas jurídicas, os atores envolvidos na implementação das novas regras, tem que lidar com as deficiências da Lei alterada relativas ao chamamento público para celebração de termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação[174], aspecto inovador da Lei, uma vez que, via de regra, os convênios eram propostos pela própria entidade e aprovados pelos entes municipais, sem nenhum critério objetivo.

4. NOVOS INSTRUMENTOS: CAUTELAS A SEREM OBSERVADAS NO CHAMAMENTO PÚBLICO

Referidos instrumentos criados pela Lei são diferenciados em um primeiro momento, em função de transferência ou não de recursos financeiros. Os termos de colaboração ou de fomento envolvem transferência de recursos financeiros e o acordo de cooperação não.

---

173. Exemplos: conteúdo dos artigos abordaram mais de um assunto; frases não consisas, assuntos se misturam (veja art. 27 e seus §§; art 1º e art 27).

174. Que coabitam o mundo jurídico com outros ajustes com denominações diferentes, em função de atividade, qualificação ou certificação de OSC.

4.1. ACORDO DE COOPERAÇÃO

Bem, fato é que o acordo de cooperação[175] não estava previsto no texto original da Lei, e é tratado de forma diferenciada dos outros dois instrumentos.

A princípio a obrigatoriedade de prévio chamamento público era regra na nova legislação para todas as modalidades de parceria. No entanto, as novas redações dadas aos arts. 23 *caput*, 24 *caput* e 29 criaram controvérsias quanto a necessidade ou não de chamamento público para celebração de acordo de cooperação.

Ora, enquanto o art. 23 determina a adoção de procedimento de chamamento público claro, objetivo e simplificado para todas as modalidades de parceria previstas na Lei, o art. 24 obriga somente para os casos de termos de colaboração ou de fomento. O art. 29, por sua vez, que originalmente abrangia todas as parcerias, com a nova redação criou uma celeuma, excetua do prévio chamamento público qualquer parceria (termos de colaboração ou de fomento ou acordo de cooperação) que envolva "recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais", e o torna obrigatório para os acordos de cooperação nos casos de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recursos patrimonial, dando azo às mais diversas interpretações.

Quanto a esta polêmica, com muita propriedade a Advocacia Geral da União põe fim a discussão

> Parece que se pretendeu inverter a dinâmica inicialmente estabelecida, transformando em regra a não realização de chamamento público prévio à celebração de acordos de cooperação com organizações da sociedade civil e sem qualquer menção à obrigato-

---

175. Que não se confunde com os acordos de cooperação técnica ou científica nem termos de cooperação (art. 1º, § 1º, III, Decreto 6170/2007).

> riedade de fundamentação do ato pelo administrador público, o que, contudo, não encontra amparo na Constituição Federal e nem em princípios caros à Administração Pública, como os da igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade, motivação, interesse público e eficiência.
>
> [...]
>
> Sublinhe-se, por oportuno, que a obrigatoriedade de prévia realização de procedimento de seleção, seja ele licitação, chamamento público ou qualquer outra denominação que se queira atribuir, em nada se relaciona com a previsão de contraprestação pecuniária ou repasse de recursos no instrumento que se pretende celebrar (AGU, 2016, p. 04).

De fato, a obrigatoriedade do chamamento público não decorre do repasse de verba pública, mas sim da estrita obediência aos princípios constitucionais, em especial da igualdade, e eventual prejuízo ao interesse público.

Ora, como sempre lembrado por Maria Sylvia em situações semelhantes, o novo instrumento se trata de instituto velho que aparece com nova roupagem (DI PIETRO, 2005, p. 19), agora para ser utilizado por todos entes federativos, no caso de não transferência de recursos financeiros.

Se não bastasse isto, talvez por falta de seguimento de uma unidade de pensamento ou falha técnica legislativa nas alterações, pouquíssimos dispositivos tratam do acordo de cooperação, criando uma lacuna quanto à aplicação ou não dos Capítulos da Lei ao acordo de cooperação. No âmbito federal, o Decreto nº 8.726/2016 resolveu a questão (vide arts. 5º e 6º).

Deste modo, este é um tópico importante a ser repensado pelos demais entes federativos, quando da regulamentação da Lei Federal em seu âmbito local e consequente implementação.

4.2 TERMO DE COLABORAÇÃO OU TERMO DE FOMENTO

Neste item importa destacar em primeiro lugar, a ausência na Lei de critérios diferenciados para elaboração de chamamamento público visando termo de colaboração ou o termo de fomento, que em função da competência da propositura do projeto ou atividade, impactuam diferentemente a consecução do objeto proposto - enquanto no último o projeto é criação da própria OSC, no primeiro é originário da administração pública.

Não obstante isto, é práxis na atividade administrativa utilizar modelos de editais para adaptá-los ao caso concreto. Considerada a complexidade das novas exigências, esta prática administrativa não é recomendável no caso em tela. Confira alguns dos motivos:

- chamamento público não era utilizado na celebração dos convênios[176];

- as diretrizes totalmente inovadoras alteraram paradigmas: a OSC deve observar em sua atuação os princípios administrativos e da transparência na aplicação dos recursos públicos; os gestores, conselheiros e membros da OSC necessitam de capacitação; os requisitos mínimos para os planos de trabalho ficaram mais complexos e devem buscar a forma mais adequada, eficiente, eficaz, para a execução da atividade pretendida; as exigências para comprovação habilitatória foram ampliadas; o chamamento público deve ser processado

176. A princípio os convênios eram aplicados somente nas parcerias entre entes federados. Após a CF atual – art 37, XXI e a consequente Lei nº 8.666/93 – art 116, passou a ser o instrumento mais utilizado para formalização de parcerias com as entidades sem fins lucrativos. Ante a natureza não contratual dos convênios, a doutrina entendia não ser obrigatório o prévio procedimento licitatório. Entretando, o TCU se posicionou pela sua necessidade, ante aos princípios da igualdade, impessoalidade, economicidade, motivação, moralidade e razoabilidade. No entanto, somente na esfera federal o procedimento era efetuado.

e julgado por Comissão de Seleção, que não se confunde com os membros que preparam o edital; a execução da parceria será acompanhada por Comissão de Monitoramento e Avaliação; é possível a atuação em rede; organizações selecionadas tem que ter ficha limpa;

- a nova forma de parceria impõe, ainda, mais planejamento, monitoramento, avaliações e revelações dos resultados, dentre tantas outras, as quais igualmente demonstram a peculiaridade do chamamento público da Lei em referência.

Por outro lado, a utilização dos modelos de chamamento público elaborados e disponibilizados para consulta pela Comissão de Convênios e Instrumentos Congêneres da AGU (2016a) para as parcerias da nova Lei, em searas municipais, sem qualquer adaptação às suas realidades, como o que está ocorrendo, também merece cautela.

Em que pese o trabalho desenvolvido pela AGU, a inovação com os quadros de esclarecimentos, a ordem lógica e sequencial das fases, a clareza de ideias, o Modelo foi elaborado levando-se em conta as peculiaridades das parcerias firmadas entre a União e OSC, sua realidade, a utilização da plataforma eletrônica do SICONV – Sistema de Convênios, inversão de fases do procedimento e, outros que não nos cabe aqui detalhar.

Em segundo lugar, referido Modelo foi elaborado seguindo as diretrizes e critérios contidos na Lei Federal em comento de caráter nacional, e os especificados no Decreto Federal nº 8.726/2016, aplicáveis somente à administração pública federal.

Do ponto de vista doutrinário, outra precaução é a escolha de material para estudo e compreensão das inovações trazidas pela Lei, pois a maioria se refere ao texto original da Lei sem readaptação às normas alteradas, causando uma ideia errônea aos menos avisados, e outros, ainda, condensando

questões atinentes a Lei nova com as da Lei de Licitações, que se tornou inaplicável a estas parcerias, por determinação da própria Lei em estudo.

5. DA APLICAÇÃO DA LEI EM OSASCO: ESTRATÉGIAS UTILIZADAS NA ELABORAÇÃO DO EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO

Feitas estas considerações, o primeiro desafio na implementação da Lei em Osasco foi rever e readaptar a minuta do Decreto regulamentador, elaborada por Grupo de Estudo constituído para este fim, em função da alteração da Lei Federal.

Quanto à elaboração do modelo de edital de chamamento público, o primeiro enfrentamento foi definir qual forma seria mais didática na apresentação das fases, exigências, requisitos e demais atos, posto que, a grande maioria dos servidores públicos envolvidos na implantação da Lei, na maioria técnicos das áreas relacionadas ao objeto de parceria, não vivenciaram formas de seleção objetiva, por meio de procedimento próprio para escolha da OSC. E para as OSCs interessadas, a fim de dar maior supedâneo no enfrentamento do procedimento totalmente novo, previamente à abertura do chamamento público, fixou-se data para orientações específicas sobre o edital e esclarecimento de quaisquer espécies de dúvidas.

Quanto ao primeiro aspecto levantado acima, por meio do conhecimento empírico da Procuradoria e Controle Interno do Município, foi estabelecida uma fase anterior ao procedimento seletivo, com detalhamento dos atos administrativos imprescindíveis à abertura do chamamento público, pormenorizando as fases, fixando as exigências previstas na Lei Federal, no Decreto Municipal e as apontadas na Instrução nº 02/2016 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP.

Deu-se ênfase também na orientação dos técnicos das Secretarias envolvidas em eventuais parcerias, sobre os requisitos básicos da justificativa, com definição clara e precisa do objeto, dos objetivos diretos e indiretos e detalhamento minucioso do projeto ou atividade, imprescindíveis para a elaboração do Termo de Referência de Colaboração ou de Fomento (que possuem características próprias em função da origem da proposta, como já dito no Capítulo 4 supra), preparação da minuta do edital de chamamento público e elaboração da proposta de plano de trabalho.

As obrigações do Gestor foram esmiuçadas e as Comissões detalhadas, garantindo-se dentro de uma composição de 3 membros, a participação de pelo menos um servidor da área técnica vinculada ao objeto da parceria e um servidor da área administrativa ou financeira, além de pelo menos um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente (previsão legal), vedando-se a participação do gestor na Comissão de Monitoramento e Avaliação.

Para a composição do modelo de chamamento público, se acresceu às exigências previstas nos artigos 33, 34 e 39 da Lei, condições outras numa ordem lógica, para facilitar o trabalho adstrito à preparação da minuta do edital de chamamento público pelo órgão ou secretaria requisitante (competentes para tal ato por força do Decreto Municipal), com a adequação ao caso concreto, apoiada no Modelo Padrão elaborado pela Procuradoria Municipal (outra determinação do Decreto Municipal).

Uma grande dificuldade, foi em encontrar um equilíbrio entre as fases do chamamento público e a garantia de interposição de recursos e contrarrazões não somente após a seleção da proposta de plano de trabalho mas, também, no momento posterior à entrega da documentação exigida, situação esta não prevista na Lei.

Na etapa competitiva outro desafio foi conceituar cada quesito de avaliação, e dar uma redação clara e precisa quanto a nota explicativa referente a este item.

Sem esgotar o assunto, outro esforço foi a fixação das obrigações e responsabilidades das partes, pois além de estarem dispersas nos mais diversos pontos da Lei, se objetivava ajustá-las às experiências do Controle Interno e da Procuradoria, e por último, não menos importante, a preocupação atinente à responsabilidade solidária da administração pública pelo pagamento das verbas rescisórias, solucionada com a inclusão de adoção de sistemática de provisionamento de recursos para o pagamento futuro de verbas rescisórias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, é sob o influxo de aglutinação destas informações normativas e cognitivas, que se impõe aos atores envolvidos nas parcerias entre a administração pública e as OSCs, avançarem no estudo pormenorizado do tema, detectarem problemas, falhas, apresentarem soluções e compartilharem resultados decorrentes da implementação desta Lei, para melhoria e eficácia das políticas públicas envolvidas.

Obviamente, o passado engloba uma variedade de experiências e práticas administrativas que devem ser amoldadas ao novo paradigma da Lei por todos os atores envolvidos no processo.

Contudo, quando da aplicação da Lei e implantação das novas regras, com atitudes de aceitação e reflexão contínua das diversas inovações, deve-se ter sempre em mente que as soluções hão de ser igualmente inovadoras e centradas na eficiência, no aprimoramento da prestação do serviço e na crescente satisfação do usuário.

A problemática é nova e complexa, as dificuldades se ampliaram e ganharam novos contornos. Para sua implemen-

tação com sucesso, não bastará a simples elaboração teórica de projeto ou atividade a serem executados, mas sim do comprometimento de todos os atores envolvidos e revisão de pensamentos no enfrentamento dos problemas sociais, questões inerentes à construção da participação democrática, um exercício de cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOTTO, Laura. Las organizaciones de la sociedade civl. Un camino para la construcción de ciudadania. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2003.

AGU. Parecer n. 0001/CPCV/PGF. 2016. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/36423429. Acesso em: 28 fev. 2017.

AGU. Modelo de Edital de Chamamento Público para termo de colaboração. 2016a. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/36463421. Acesso em: 28 fev. 2017.

ARRETCHE, Marta. O mito da descentralização: maior democratização e eficiência das políticas públicas. Revista Brasileira de ciências Sociais. n. 1. 1996.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13204.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Instrução Normativa 1/97. Disponível em: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/estados/IN_STN_1_1997_Convenios/IN_stn_01_15jan1997_convenios.htm . Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de Maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm. Acesso em: 2 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm. Acesso em 28. Mar. 2017

BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 1 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. Decreto nº 6170, de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. Decreto nº 8.726 de 27 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8726.htm. Acesso em: 1 fev. 2017.

BRASIL. Relatório Final da CPI "DAS ONGs". 2010. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf/?sequence=6. Acesso em: 20 dez. 2016.

CICCO, Cláudio de. GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Teoria geral do Estado e da ciência política. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CICONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. From poverty to power: How active citizens and effective States can change the world. Oxfam Internacional: 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GOHN, Maria G. Conselhos gestores e participação sociopolítica. São Paulo: Cortez, 2000.

GÓMES, José Maria. Entre a potencialidade e limites, temores e esperanças – notas sobre a sociedade civil e a globalização. *In* Sociedade e políticas: novos debates entre ONGs e universidade. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

GREEN, Marcus A. Hegemonia, estado y sociedad civil en la globalización. BUAP. IGS. México: Plaza y Valdés, 2001.

KINZO, Maria D'Alva G. A Democratização Brasileira um balanço do processo político desde a transição. Rev. São Paulo em Perspectiva. vol. 15, n. 4. São Paulo. Oct.Dec. 2001.

FERNANDES, Rubem Cesar. Privado porém público: o terceiro setor na América Latina. Rio de Janeiro:Relume-Dumará, 1994.

LOPES, Laís de Figueiredo. SANTOS, Bianca dos. XAVIER, Iara Rolnik. Marco regulatório das organizações da sociedade civil. A construção da agenda na governo federal - 2011 a 2014. 1. ed. Brasília: Governo Federal, 2014.

LOPES, Laís de Figueirêdo. SANTOS, Bianca dos. BROCHARDT, Bianca. Entenda o MROSC: Marco Regulatório das Or-

ganizações da Sociedade Civil: Lei 13.019 2014. Secretaria do Governo da Presidência da República, 2016.

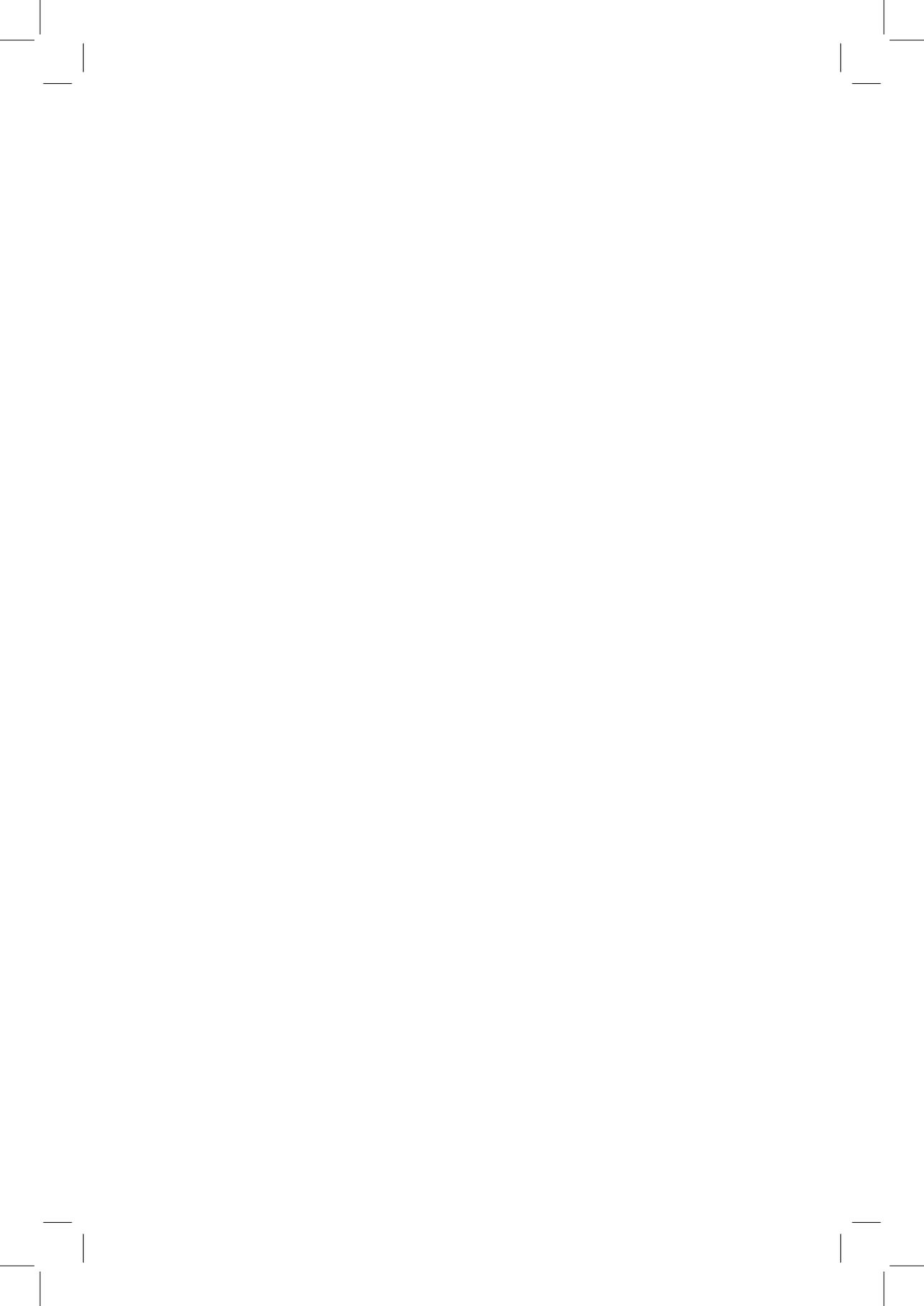
OLIVEIRA, Anna Cynthia. HADDAD, Sérgio. As organizações da sociedade civil e as ONGs de educação. Cad. Pesqui. [online] n. 112, março: 2001.

PAES, José Eduardo Sabo. Sociedade civil, Estado e terceiro setor: ordem sociopolítica e campos de atuação. Rev. Dir. Internacional Econômico e Tributário. v. 4. n. 2. 2009.

ROCHA, Roberto. A gestão descentralizada e participativa das políticas públicas no Brasil. Revista Pós Ciências Sociais. v. 1 n. 11. Maranhão: 2009.

SCHERER-WARREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimento sociais. Brasília: Sociedade e Estado. vol 21. n. 1. 2006.

TCESP. Instrução Normativa n. 2, de 2016. Disponível em: www4.tce.sp.gov.br sites tcesp files instrucoes_02-2016. pdf. Acesso em: 04 mar. 2017.

VELÁSQUES, Leonardo. Organizaciones de sociedad civil (OSC). ¿Cuál es su rol en la cooperación internacional? AGCIDCHILE, 2013.

REFLEXOS DO NEOLIBERALISMO NAS CONDIÇÕES EDUCACIONAIS DE JOVENS QUE CUMPREM MEDIDAS DE INTERNAÇÃO NA REGIÃO SUDESTE DO BRASIL.

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira diariamente enfrenta muitos desafios, como por exemplo, desemprego, violência e a desigualdade social, esta que faz a manutenção de classes, excluindo determinados grupos de ter acesso digno a direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição de 1988. Isto impede a instauração de uma sociedade mais igualitária, consequências da adoção de ideologias neoliberais.

A crescente violência é algo cotidiano dos estados brasileiros, principalmente na região sudeste, que possui as maiores metrópoles, e, assim um dos maiores índices de violência urbana do país. Porém, o que se deve ressaltar, é que a violência só se torna um problema a ser resolvido, quando a vítima é uma pessoa de poder aquisitivo maior ou influente de poder, não sendo revelado a sociedade os altos índices de

homicídios ligados a meninos, pobres, negros e moradores de áreas periféricas, fazendo a manutenção do poder simbólico.

Assim o tema escolhido para este artigo foi "reflexos do neoliberalismo nas condições educacionais de jovens que cumprem medidas de internação na região sudeste do brasil.", que tem como propósito verificar se as medidas socioeducativas postas pelo Estado, possuem ou não resquícios de punição geradas pelo poder simbólico Estatal e as consequências do neoliberalismo na socioeducação desses adolescentes.

A partir de dados que foram fornecidos pelo Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas de internação realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2012), será feita uma análise e considerações sobre situação educacional desses adolescentes.

No Sudeste, a medida socioeducativa de internação é cumprida nos chamados institutos de socioeducação, por exemplo, o Dom Bosco, no Rio de Janeiro, responsável pela internação de meninos. Esses centros em tese objetivam uma educação social, com reeducação/ ressocialização, e, deveriam propiciar aos adolescentes educação abrangente, atividades que propiciem a qualificação profissional em um todo, porém, não é isso que vemos na maioria deles, que sofrem pela superlotação e falta de investimentos pelo Estado.

Isto ocorre em função de adotarmos um modelo neoliberal que prioriza formação menos abrangente e mais profissionalizante diretamente relacionada a um perigoso jogo de marketing, que "fornece" mais vagas nos sistemas de matrículas escolares, sem ter escolas que suportem mais alunos de maneira a oferecer ensino de qualidade.

Assim, o trabalho se dividiu em duas partes, para melhor compreensão da matéria: 1ª - breve conceituação do neoliberalismo segundo a visão de David Harvey e 2ª- aborda a

questão dos adolescentes e sua relação com a violência, com o Estado aplicador de medidas socioeducativas e os reflexos do neoliberalismo na condição educacional dos jovens que cumprem medida de internação no sudeste brasileiro.

1. BREVE CONCEITUAÇÃO DO NEOLIBERALISMO SEGUNDO DAVID HARVEY

O neoliberalismo advém do liberalismo econômico clássico, e se originou nos Estados Unidos da América. Este pode ser entendido como uma ideologia política e econômica capitalista, que visa o mercado e o consumo, sustentando o argumento de não participação do Estado na economia.

Esta nova forma de pensar o liberalismo, se consubstanciou a partir de sedutoras convicções pautadas principalmente na liberdade individual com base na dignidade da pessoa humana, tendo como marco temporal o mundo pós-guerra fria.

Dessa maneira, foi possível implantar um capitalismo global frente as grandes corporações internacionais, que cresceram através da "liberdade individual", foi neste momento que Harvey escreveu uma de suas principais obras: "*Breve Relato do Neoliberalismo*", onde o autor fez uma análise histórica e crítica da teoria do neoliberalismo e do capitalismo, face suas implicações na atualidade, conceituando aquele como:

> "Uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano e pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas;

> o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da polícia e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados. Além disso, se não existirem mercados (em áreas como a terra, a água, a instrução, o cuidado de saúde, a segurança social ou a poluição ambiental), estes deverão ser criados, se necessário pela ação do Estado. Mas o Estado não deve aventurar-se para além dessas tarefas. As intervenções do Estado nos mercados (uma vez criados) devem ser mantidas num nível mínimo, porque, de acordo com a teoria, o Estado possivelmente não possui informações suficientes para entender devidamente os sinais do mercado (preços) e porque poderosos grupos de interesse vão inevitavelmente distorcer e viciar as intervenções do Estado (particularmente nas democracias) em seu próprio benefício." (p. 12)

Harvey (2007), um crítico do modelo neoliberal, é aliado da ideia de que o neoliberalismo foi uma espécie de subterfugio encontrado para que o Estado, antes de se ocultar ou enfraquecer, passasse a trabalhar em prol do mercado e do grande capital internacional, mascarando suas faces ocultas e perigosas, que segundo o autor compõem-se dos seguintes pontos abordado na tabela a baixo:

Tabela 1- Consequências do Neoliberalismo

I - Domínio geopolítico esta-dunidense	Com o resultado de diminuição dos recursos para a esfera social dos Estados expondo a população global ao empobrecimento ainda mais profundo.
II - Nutriz ideológica a partir dos ideais de liberdade, de multiculturalismo e de democracia	Com base na propriedade privada e no livre-empreendedorismo, que implicou em remeter a um relicário conceitual as ideias de igualdade e de justiça social. Porém, no consumismo narcisista, e em outras dimensões estético-teóricas que buscam os conhecimentos pautados na dialética, nas reflexões sobre poder e exploração do trabalho.
III- Base conservadora	Contraditória aos ideais de liberdade. Promoção da ortodoxia em torno do neoliberalismo, refletindo em crises em alguns países, como por exemplo, o México, onde ocorreu um massacre neoliberal. Onde empreendeu-se um processo de recolonização ou colonialismo sem colônias.

Desta forma, o neoliberalismo concatenou à reestruturação produtiva do capital com base no modelo de acumulação flexível, onde Harvey através de sua crítica ao modelo, nos chama atenção para reforçar a luta política pela criação de

alternativas às ações hegemônicas, bem como, uma luta contra a caraterística antidemocrática e autoritária do neoliberalismo. Isso faz com que o conceito de liberdade usado pelo modelo neoliberal seja relativizado.

Assim, quando relacionamos o neoliberalismo com o tema deste artigo devemos ressaltar que, a área da educação deixa de servir como um campo social para adquirir características funcionais de mercado.

Esse fator acaba sendo um agravante a delicada situação de jovens em conflito, que cumprem medidas de internação nos sistemas socioeducativos, uma vez, que a escola passa a ser um ambiente de adequação à ideologia dominante, como diz ANDRIOLLI (2002):

> Em contrapartida, a crise do capitalismo em nível mundial, em especial do pensamento neoliberal, revela, cada vez mais, as contradições e limites da estrutura dominante. A estratégia liberal continua a mesma: colocar a educação como prioridade, apresentando-a como alternativa de "ascensão social" e de "democratização das oportunidades". Por outro lado, a escola continua sendo um espaço com grande potencial de reflexão crítica da realidade, com incidência sobre a cultura das pessoas. O ato educativo contribui na acumulação subjetiva de forças contrárias à dominação, apesar da exclusão social, característica do descaso com as políticas públicas na maioria dos governos.

De modo a fazer com que a educação perca seu potencial virtuoso e se volte apenas para um papel estratégico e empresarial de preparar para o trabalho, atendendo às necessidades da livre iniciativa e fazendo a manutenção das desigualdades,

e, desta maneira, impossibilitando a ressocialização de jovens dentro e fora dos sistemas socioeducativos.

2. ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: VIOLÊNCIA , ESTADO "SOCIOEDUCADOR" E NEOLIBERALISMO

No *Relatório do Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas de Internação realizado no 2012, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ*, é na adolecescência, período em que acontece o desenvolvimento da própria personalidade, e também é onde se encontram os maiores indices de atos infracionais registrados no Brasil, principalemnte entre as faixa etária dos 15 a 17 anos, representando 67% dos adolescentes.

Esta triste realidade chama atenção da sociedade, que além de julgar friamente, não faz uma análise psiquico estrutural desses "menores" em conflito, uma importante ferramenta para se chegar ao *locus* do problema, já que a maioria desses adolescentes são totalmente desamparados tanto pelo Estado e por muitas vezes por suas famílias.

A falta de amparo e a quebra de laços faz surgir a necessidade desses jovens de procurar em outros grupos sociais o que não tiveram dentro de seus lares, vítimas da indefesas da violência simbólica e da carência de assistência em todo os setores, a maioria destes são acolhidos por grupos gerenciados pelo mundo do crime, que lhes oferece o acolhimento que o Estado/famílias não puderam proporcionar.

Desta forma, os grupos que acolheram esses adolescentes vão impondo suas proprias "regras": Leis da rua, estas que devem ser seguidas pelos novos integrantes, e que por muitas vezes extrapolam o limite aceito pela sociedade e suas normas juridicas.

Assim, o confronto de "normas" sejam elas postas pelo Estado ou pela "rua", faz com que esses adolescentes fiquem

como uma “marionete” nas mãos do poder estatal, este que não zelou por sua proteção, porém, se julga competente para criar/aplicar medidas de ressocialização.

Desta maneira, o que percebemos é a manutenção do poder simbólico através de medidas socioeducativas ineficazes, na tentativa frustrada de “proteger” o que na verdade se tenta mascarar, visto a precariedade dos centros de cumprimeto de medidas socioeducativas.

O Estado por meio de seu poder simbólico faz a construção social de uma cultura, que precisa de manutenção para que todos sejam captados (Cultura do Controle de Garland)[177], é desta maneira que a violência simbólica começa a ter “forma”, impondo “legitimamente” e de maneira agressiva a cultura dominante.

A interiorização desta cultura, faz da violência simbólica, aparentemente não visível aos olhos, uma violência que aliena, já que o próprio oprimido não se sente na posição de estar sendo violentado, como acontece com os adolescentes em conflitos com a Lei, já que a situação que se perpetua ao longo da história e se torna algo inevitável no futuro.

O poder simbólico do Estado age silenciosamente, e acaba violentando silenciosamente muitos adolescentes, uma vez, que cria leis ou projetos de lei que promovem “inconscientemente” disparidades, um exemplo disso, é quando se cria medidas socioeducativas, como as de internação, em unidades que não possuem estrutura adequada para receber esses jovens de maneira correta, além disso, essas unidades são marcadas pela violência por parte de agentes que atuam de maneira diversa ao de (re)educar, mas sim de estabelecer o medo dentro dos centros de cumprimento de medidas.

---

177. David Garland é um importante jurista e sociólogo da área de criminologia. Professor da Universidade de Nova York. O Autor busca compreender em que grau as mudanças nas instituições levaram a uma mudança nas sensibilidades a qual tornou possível que a sociedade aceitasse melhor uma nova cultura do controle, principalmente nas sociedades com taxas altas de crimes.

Não existe ressocialização, mas sim uma maquiagem de problemas sociais graves, que derivam de outros mais basilares, como a falta educação pública de qualidade desde a alfabetização.

O problema da educação também é influenciado por ideologias neoliberais, que assumem o controle através de uma falsa esperança de colocar a educação como prioridade, porém não é isso que acontece, segundo ANDRIOLLI (2002):

> "De acordo com o Banco Mundial são duas as tarefas relevantes ao capital que estão colocadas para a educação: a) ampliar o mercado consumidor, apostando na educação como geradora de trabalho, consumo e cidadania (incluir mais pessoas como consumidoras); b) gerar estabilidade política nos países com a subordinação dos processos educativos aos interesses da reprodução das relações sociais capitalistas (garantir governabilidade). É evidente que a preocupação do capital não é gratuita. Existe uma coerência do discurso liberal sobre a educação no sentido de entendê-la como "definidora da competitividade entre as nações" e por se constituir numa condição de empregabilidade em períodos de crise econômica. Como para os liberais está dado o fato de que todos não conseguirão "vencer", importa então impregnar a cultura do povo com a ideologia da competição e valorizar os poucos que conseguem se adaptar à lógica excludente, o que é considerado um "incentivo à livre iniciativa e ao desenvolvimento da criatividade". Mas, e o que fazer com os "perdedores"? Conforme o Prof. Roberto Lehrer (UFRJ), o próprio Banco Mundial tem declarado explicitamente que "as pessoas pobres precisam ser ajudadas, senão ficarão zangadas". Essa interpre-

tação é precisa com o que os próprios Banco têm apresentado oficialmente como preocupação nos países pobres: "a pobreza urbana será o problema mais importante e mais explosivo do próximo século do ponto de vista político"

Desta maneira o Estado mantém o discurso da cultura dominante, naturalizando desigualdades que justificariam o abandono estatal desses "menores".

3. SOBRE AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA[178], ato infracional é "conduta descrita como crime ou contravenção penal", ou seja, são fatos análogos aos tipos penais descritos no Código Penal Brasileiro, cometidos por adolescentes de 12 a 18 anos incompletos, estes são considerados inimputáveis por seus atos, uma vez que ainda se encontram em processo de formação.

Porém, isso não quer dizer que estes não sejam responsabilizados por seus atos, já que cumprem medidas socioeducativas que tentam harmonizar os dois binômios: jurídico-sancionatório e o ético-pedagógico, de maneira a ressocializa-los. Essas medidas são previstas no ECA no artigo 112[179], e escolhidas de acordo com o ato infracional praticado.

Em tese o Juiz com o auxílio do Ministério Público, frente as condições do adolescente, determinam a medida mais ade-

178. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

179. Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração; § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições

quada. Valendo a pena ressalvar que, apenas em casos de flagrantes infração e salvo houver ordem estrita de autoridade, o adolescente poderá ser privado de sua liberdade no máximo de 45 dias em internação, até que saia sua sentença judicial.

A execução das medidas socioeducativas está sob responsabilidade dos Municípios, porém, cada um executa-as de maneira diferente, por exemplo, prestação de serviços à comunidade apenas em hospitais ou cumprimento da LA apenas com o comparecimento mensal do adolescente na vara da infância.

Essa "municipalização" é um dos reflexos do neoliberalismo que no ensino, fazendo com que o estado repasse adiante sua responsabilidade.

Mas não são todos que possuem esta dinâmica, existem alguns em que o adolescente está inserido em projetos sociais que exigem reflexão e consciência social do mesmo, porém, muitas vezes os projetos carecem de pessoal especifico e necessário para seu prosseguimento, como por exemplo, a falta/sobrecarga de assistentes sociais e psicólogos, que muitas vezes acabam atendendo todas as demandas da mesma localidade, incluindo as medidas de ressocialização.

Dentre as medidas, a mais grave é a de Internação, objeto deste artigo, que é aplicada quando o ato infracional possui ameaça ou uso de violência á pessoa, ela se define pela privação da liberdade nas instituições de socioeducação, porém por ter o menor a restrição do seu maior bem jurídico e estar em período de desenvolvimento, a medida deve seguir os princípios da brevidade e excepcionalidade pautados no ECA.

Porém, o que se observa, é a ocorrência uma tendência impropria no uso e indicação de medidas mais severas por Juízes e Promotores, que utilizam a medida de internação, como forma de retirar o adolescente do meio, apenas pela

autoria e materialidade do delito, por exemplo, sem justificar a motivação da medida.

A socieducação de adolescentes deveria ter o objetivo de incentivar suas qualidades e direciona-los a tendências saudáveis, porém, isso não acontece, uma vez que, na pratica o Estado somente quer adequá-los nos modelos de restrição de liberdade para a execução de medidas, perdendo o foco de recuperação social independente do ato infracional.

Desta maneira, a ONU – Organização das Nações Unidas visando proteger os jovens, lançou o Programa de Proteção de Jovens Privados de Liberdade, aprovada em 1990, expressa na Administração dos Estabelecimentos de Adolescentes – Regresso à Comunidade, que dizia expressamente que:

> "Todos os jovens devem se beneficiar de medidas destinadas a auxiliá-los no seu regresso à sociedade, à vida familiar, à educação ou emprego, depois da libertação". Ainda, de acordo com as Regras das Nações Unidas, "as autoridades competentes devem criar ou recorrer a serviços para auxiliar os adolescentes a reintegrarem-se na sociedade e para diminuir os preconceitos contra eles". Para executar este objetivo primordial, o período em que o adolescente em conflito com a lei permanece privado de sua liberdade deve contribuir para o aprimoramento da cidadania, por meio da educação, da formação profissional e do contato com a família, o que funcionará como uma "ponte" entre o período de internação e o restabelecimento à liberdade. "

A recuperação social é um dos objetivos do ECA, que tem como princípio basilar a proteção integral de crianças e adolescentes, estes considerados sujeitos de direitos e de deveres

frente a sociedade, mostrando que as medidas socioeducativas possuem um caráter mais pedagógico do que sancionador.

No Sudeste, a medida socioeducativa de internação é cumprida nos chamados institutos de socioeducação, por exemplo, o Dom Bosco, no Rio de Janeiro, responsável pela internação de meninos. Esses centros em tese objetivam uma educação social, com reeducação e ressocialização, e, deveriam propiciar aos adolescentes educação abrangente, atividades que propiciassem a qualificação profissional em um todo, porém, não é isso que vemos na maioria deles, que sofrem pela superlotação e falta de investimentos em melhoria pelo Estado.

Isto advém como mais uma das consequências da ideologia neoliberal que prioriza Formação menos abrangente e mais profissionalizante diretamente relacionada a um perigoso jogo de marketing, que "fornece" mais vagas nos sistemas de matrículas escolares, sem ter escolas que suportem mais alunos de maneira a oferecer ensino de qualidade.

4. SITUAÇÃO ESCOLAR DOS ADOLESCENTES E OS REFLEXOS DO NEOLIBERALISMO

Quando tratamos da situação escolar e laboral desses adolescentes,que se localizam no Sudeste do Brasil, abrangendo os estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Espirito Santo, o que podemos perceber é que a grande maioria dos menores que ingressaram no sistema socioeducativo já possuíam defict educacional, problema que será desenvolvido a seguir, como um dos reflexos do modelo neoliberal, desta forma afirma ANDRIOLI (1999):

> "A conjuntura das políticas educacionais no Brasil ainda demonstra sua centralidade na hegemonia

> das ideias liberais sobre a sociedade, como reflexo do forte avanço do capital sobre a organização dos trabalhadores na década de 90. A intervenção de mecanismos internacionais como o FMI e o Banco Mundial, aliada à subserviência do governo brasileiro à economia mundial, repercute de maneira decisiva sobre a educação. Em contrapartida, a crise do capitalismo em nível mundial, em especial do pensamento neoliberal, revela, cada vez mais, as contradições e limites da estrutura dominante. A estratégia liberal continua a mesma: colocar a educação como prioridade, apresentando-a como alternativa de "ascensão social" e de "democratização das oportunidades". Por outro lado, a escola continua sendo um espaço com grande potencial de reflexão crítica da realidade, com incidência sobre a cultura das pessoas. O ato educativo contribui na acumulação subjetiva de forças contrárias à dominação, apesar da exclusão social, característica do descaso com as políticas públicas na maioria dos governos."

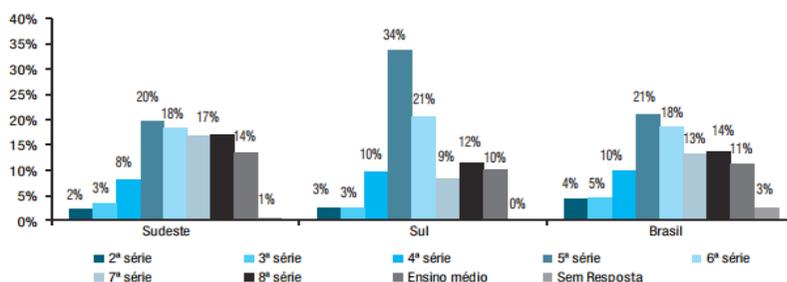
Assim, na pesquisa do Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas (2012), 93% dos jovens foram alfabetizados, contendo apenas 8% de taxa de analfabetismo, porém a idade média em que interromperam seus estudos foi de 14 anos de idade, o que corresponde ao primeiro grau incompleto, como vemos nos graficos a baixo:

Grafico 1 – Média de idade em que os adolescentes interromperam os estudos

Região	Idade Média
Centro-Oeste	14,2
Nordeste	13,7
Norte	13,7
Sudeste	14
Sul	14,3
Total	**14**

Fonte: DMF/CNJ - Elaboração: DPJ/CNJ

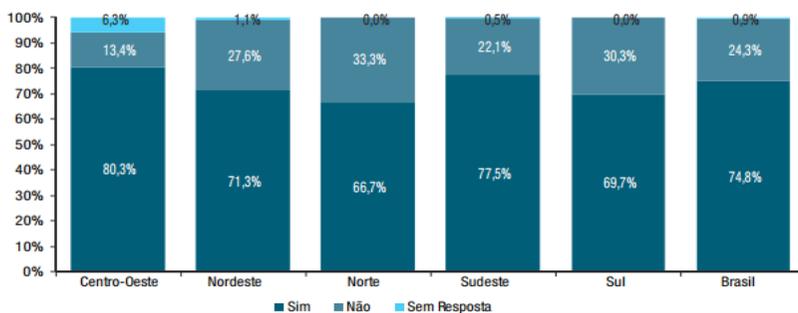
A mesma pesquisa também ressaltou que há uma porcentagem maior de adolescentes cuja última série cursada foi a quinta e a sexta série do ensino fundamental, como vemos no gráfico:

Grafico 2 – Última série escolar cursada pelo adolescente

Fonte: DMF/CNJ - Elaboração: DPJ/CNJ

Os motivos que levam ao abandono escolar pelos adolescentes, geralmente, têm relação com a dificuldade de aprendizado, complementar a falta de incetivo a dentro da escola, que fora moldada em formas tradicionais e que não se revelam atraentes aos adolescentes.

Outro motivo relevante, se deve ao uso de substâncias entorpecentes dentro e fora do ambiente escolar, que por muitas vezes resultam em casos de expulsão, ou até mesmo expulsões pela não cumprimento das normas estabelecidas pela escola.

A relação dos adolescentes com o uso de entorpecentes também dificultam o interesse escolar, já que essa atividade tráz muitas vezes a identificação mascarada com a vida "criminosa", que por muitas vezes são marcadas pela ausência/perda do controle e familiar desses meninos. No grafico é possivel ver que 77,5% dos adolescentes são usuários de algum tipo de droga.

Gráfico 3– Uso de entorpecentes por adolecentes em cumpriumento de medida

Fonte: DMF/CNJ - Elaboração: DPJ/CNJ

A escola que temos hoje é ineficiente, visto que ela é aquela que expulsa os alunos que não se enquadram no perfil "adequado", ao invés de ensina-los e atrai-los para o ambiente educacional.

O Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas (2012) também revelou que no Brasil 57% dos jovens declararam que não frequentavam a escola antes de ingressar

na unidade. Consequentemente, apenas poucos adolescentes que estão cumprindo medidas de socioeducação, não possuem divergência entre o binômio idade/série.

Porém, um fator improtate que foi observado, é que na Região Sudeste, apenas 10% dos internos declararam não frequentar a escola todos os dias, constatando assim, a grande deficiência do aparelho estatal na aplicação de medidas socioeducativas e de programas sociais voltados à educação.

Isto também pode ser influenciado pelo fato de que nem sempre o ambiente escolar que frequentam esses adolescentes se mostram favoraveis a frequencia escolar, revelando a falta de insvestimento em educação de qualidade.

Essa importância da educação vem sendo relativizada pela sociedade hedonista, a qual busca-se constantemente a saciação de vontades e prazeres, momento em que muitos acabam se redendo ao mundo do tráfico, que os ludibria pela facilidade de prazeres materiais, que revelam uma ascensão de status social no meio em que vivem.

Vale ressaltar também, que historicamente falando, a escola foi desenvolvida para classe burguesa, não sendo alvo de alcance os adolescentes em conflitos que geralmente pertencem as classes de menor potêncial economico, estes se situando como "inimigos sociais" excluidos de qualquer direito.

Desta maneira, a classe trabalhadora teve que protestar seus direitos e lutar para ter o acesso a educação formal igualitária, porém, o que se viu foi a diminuição da qualidade de ensino quando houve essa ampliação. Segundo FREIRE (1989, p. 224).

> A "despreocupação" pela educação, nos seus aspectos quantitativos, é consequência desse construir histórico que traz em seu bojo, além do desprezo pelas camadas populares, a interdição de muitos ao

> conhecimento e, portanto, os perpetua na “incompetência”, na “ignorância”, nas “trevas”, no “suicídio”, na “praga negra”, no “cancro”, do analfabetismo.

No Brasil foi possivel perceber esta dinâmica, reflexo também de politicas neoliberais, quando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 5692/71, tranferiu a resposabildiade da educação antes da federação para Estados e Municípios, que também possibilitou o primeiro grau gratuito e o aumento de vagas/ escolas, mas careceu na qualidade social da educação oferecida à classe trabalhadora.

Assim, temos que ressalvar que neste trabalho não temos a finalidade de atribuir somente a escola a culpa do insucesso, como foi destacado impropriamente pelo discurso neoliberal, o que queremos destacar é que a educação pública do Brasil que se destina a classe trabalhadora e aos adolescentes em conflito é tratada com desvalor.

A desvalorização da educação para as classes trabalhadoras é um fenômeno histórico, e podemos ver isso, por exemplo, na teoria do capital humano que a educação é concebida de maneira a auxiliar a obtenção maxima de empregos, de renda e principalemnte desenvolvimento economico, maqueando desigualdades sociais e legitimando os sistemas capitalista.

Desta maneira, a educação que seria a priori um direito básico, é colocada como uma mercadoria/investimento, que beneficia o aumento da produção e sobrepujamento do atraso economico, justificando assim, por meio da meritocracia as desigualdade de renda e de mutabilidade social. Restando a educação: “ servir para preparar a mão de obra adestrada e qualifcada ao mercado (FRIGOTTO, 1999).”

Os reflexos das políticas neoliberais vêm provocando alterações significantes no atual cenário educacional brasileiro,

onde o ensino público é colocado como ineficiente, através de hostilidade ideologica, fazendo com que a educação se torne uma mercadoria de desejo e não mais como um direito fundamental, garantido pela Constituição de 88 e extentido a todos.

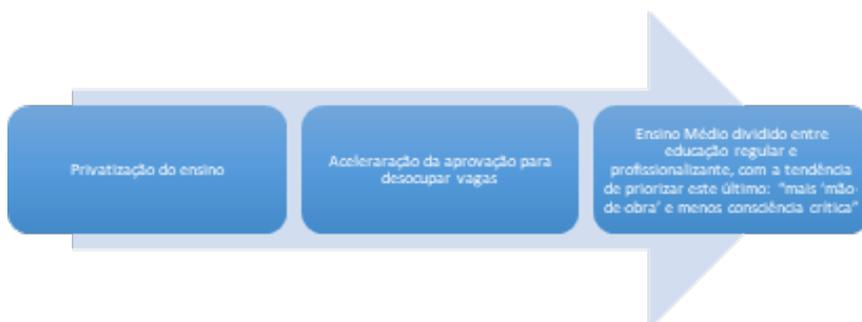
Nesta visão mercadologia neoliberal, o estudante seria o consumidor e a educação privada mercadoria de disputas, isso é feito através de uma politica descentralizada que quer diluir aos poucos o direito de todos possuirem o mesmo direito a educação. Isto também progrediu em virtude da mudança dos termos de "igualdade social" para "equidade social", que segundo ANDRIOLLI (2002) existe uma crescente despreocupação com a igualdade como direito de todos, mas como somente a "amenização" da desigualdade.

Assim, o Estado é abraçado pela onda neoliberal, do surgimento de ficticias "escolas consumo" que dão bons frutos, e que disfarçam o defecit educacional das camadas que mais precisam desse direito, desta maneira é possivel percerber as garras do neoliberalismo, que disfarça o problema e reduz o alcance da educação, ou seja, se você não tem condições economicas de um ensino privado, você será excluido, movimentando o sistema capitalista, excluedente por natureza.

Com as investidas neoliberais no setor da educação, o conhecimento é secundário, e o central é possuir habilidades, reduzindo o invenstimento estatal, ou seja, há uma inversão de valores realizadas pelo neoliberalismo, uma vez que a realidade é constituida por uma sociedade do conhecimento, e quem não o tem é totalmente rejeitado.

No casos dos adolescentes em confito com a lei, a situação não se mostra diferente, mesmo o ECA garantindo no artigo 124: "receber escolarização e profissionalização", a situação não foi alterada, perpetuando a desigualdade social e economica, já que dentro das instituições socioeducativas

a educação se mostra precaria, não sendo um dos objetivos principais, já que quem está ali não possui condições de "adquirir" educação segundo a forma neoliberal, revelando o caráter punitivo das medidas socio educativas.

Tabela 3- A educação neoliberal

Sem a educação adequada, os adolescentes não conseguem a inserção no mundo que vai recebe-los após cumprimento das medidas, fazendo com que busquem outras formas de sobreviverem, através de ativadas muitas vezes ilicitas, o que acabam o reinserindo novamente dentro do sistema socioeducativo.

CONCLUSÃO

A sociedade capitalista influenciada pelas práticas neoliberais, provoca a cada dia o aumento do desemprego, este que impede a ascensão da classe trabalhadora, por uma nova e contraditória maneira de ver o trabalho, onde se impulsiona uma maior qualificação e ao mesmo tempo a desqualificação.

A questão educacional dos adolescentes em conflito com lei, na região sudeste, é uma dificuldade real que os impede de ingressar no mercado formal, de maneira que estejam realmente preparados para enfrentar o elevado o nível de exigên-

cia de escolarização, sendo este um dos principais reflexos do neoliberalismo na educação.

Sem a escolarização necessária, que deveria ser proporcionada dentro e fora dos sistemas socioeducativos, esses adolescentes reingressam na sociedade sem a qualificação profissional e experiência de trabalho exigidas, o que aumenta dificuldade de ingresso no mercado e a probabilidade de reincidência por outros atos infracionais, que por muitas vezes são para sustentar vícios e outras necessidades, que garantem sua sobrevivência fisiológica.

O que se deve destacar, é que pobreza não está vinculada a criminalidade, mas o que devemos fazer é um juízo sobre as chances que esses jovens em conflito com a lei possuem de refazerem suas vidas, dentro de uma sociedade capitalista marcada pela desigualdade social e pelo discurso dominante, disseminado pelo poder simbólico.

Com o propósito de diminuir a reincidência desses jovens nos sistemas, se faz necessário a modificação concreta suas vidas, que começaria pela implantação de políticas públicas efetivas, que garantam ao mesmo tempo seus direitos fundamentais e condições dignas de estudo e trabalho.

Assim, as medidas socioeducativas deveriam priorizar e auxiliar esses jovens na superação da condição de exclusão, redirecionando-os para a inserção social, principalmente através da educação, que emancipa os jovens de sua situação infracional, bem como, amplia sua visão crítica do mundo.

Outra forma, também seria investir em programas de políticas públicas para a elevação das condições escolares e laborais para a efetivação das medidas socioeducativas, bem como, na construção da escola unitária, que segundo Gramsci (1991), seria a escola não hierarquizada de acordo com as classes sociais mais ou menos favorecidas, mas sim, escolas

de todos os níveis de ensino que prepare de maneira igual os indivíduos às mesmas oportunidades profissionais.

Entendemos que a escola unitária, poderia ser uma boa alternativa para reverter a situação, onde o poder simbólico através do discurso dominante poderia perder sua força e impediria o avanço dos reflexos neoliberais na educação, principalmente no que tange as práticas socioeducativas.

REFERÊNCIAS

ANDRIOLI, Antônio I. **O que haveria de positivo no neoliberalismo?** In: Correio da Cidadania, São Paulo, 13 a 20 de novembro de 1999, p. 08.

BRASIL. **Panorama Nacional a Execução de Medidas Socioeducativas de Internação**. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2012. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. Capítulos 1, 3, 5 e 8. BRASIL.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere. Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo.** Volume 2, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

HARVEY, David. **Breve História del Neoliberalismo**. Madrid, Akal, 2007. LIMA, F. S.; MARX, K. **O 18 Brumário. "Cartas a Kulgelmann"**. 7 eds. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PARADOXO DO FASCISMO: A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O RISCO DO PÓS-CONSTITUCIONALISMO

Thiago Braga Dantas
Maria Izabel de Medeiros Valle

INTRODUÇÃO

A globalização propiciou nova forma de atuação do capitalismo, pois fomentou a financeirização da economia e a desterritorialização das relações de trabalho.

Esse contexto desencadeia processo de precarização dos direitos fundamentais e sociais que se consolida no início da década de 1970. Um pouco antes, em razão da tragédia humana oriunda do nazismo, realçou-se o papel das Constituições, nas quais se agregaram valores morais às suas disposições no intuito de controlar a atividade legiferante produto de maiorias eventuais que pudessem atuar em contraposição ao gênero humano.

O engrandecimento do papel do Judiciário começou nesse período de crise, porque passou a ser procurado a fim de que implementasse os direitos e garantias fundamentais e sociais

até então conquistados. Adicione-se ainda que o capitalismo se desenvolveu ainda mais pela via contratual, em acentuação do viés mais jurídico, tudo a ratificar o Poder Judiciário como o novo polo de legitimação da atuação estatal.

No atual contexto da crise de 2008, com o seu agravamento entre 2014 e 2015 no Brasil, vêm-se observando mudanças na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF).

A partir de 2004, com a consolidação da influência da doutrina do constitucionalismo português e as grandes mudanças na sua composição, o STF começou a adotar posição vanguardista em direitos e garantias fundamentais e sociais, tendo chegado ao ápice em 2015 ao reconhecer o "estado de coisas inconstitucional" no ambiente do sistema prisional brasileiro, diante do claro desrespeito geral dos direitos humanos da população carcerária, o que não foi suficiente para impedir o colapso do sistema penitenciário do Estado do Amazonas e de outras unidades federativas já no início de 2017.

Com a crise se tornando crônica, no entanto, é interessante observar que o Judiciário transformou-se na grande plataforma das reformas necessárias à virada brasileira ao mercado internacional, por meio de várias decisões em 2016 em matéria trabalhista que claramente precarizaram os direitos sociais do trabalhador em prol de tornar o Estado brasileiro mais competitivo na horda do "estado de natureza internacional".

DESENVOLVIMENTO

A cultura ocidental foi forjada pelo iluminismo com o propósito de romper com a religião e os dogmas por intermédio do racionalismo (GIDDENS, 2002, p. 13). A tecnologia e ciência seriam instrumentos eficazes na promoção do desenvolvimento.

A globalização vem sendo posta como grande promotora da tolerância à diversidade cultural e democracia (GIDDENS, 2002,

p. 16). Mas é preciso destacar que a democracia possui dois vieses: o formal e o substancial. No formal se desenrola o procedimento de escolha dos mandatários políticos. No substancial, há a consagração dos direitos e garantias fundamentais e sociais.

Com a globalização, as estruturas do direito, da política e da economia devem ser analisadas de forma integrada, a fim de que se perceba a impotência dos Estados nacionais e de seus atores políticos internos de se contrapor à economia internacional. Há pressão sobre o direito pela política para que ele seja moldado de acordo com as exigências do capital financeiro internacional.

Quando direitos fundamentais, ou sociais mais recentemente no Brasil, começam a ser relativizados em razão da adequação do Estado às demandas do mercado internacional, não se pode negar que a democracia também é vilipendiada pela globalização na sua dimensão substancial e, por vezes, até na sua face formal, a depender da intensidade dos interesses, como no exuberante exemplo do *impeachment* no Brasil, que ganhou força pela imbricada crise político-econômica.

A globalização, estrutura tipicamente complexa, acabou por promover consequências antagônicas, em clara relação dialógica, que se caracteriza por relação necessária e complementar (MORIN, 2015, p. 114).

A globalização também provocou mudanças na organização do trabalho, com a flexibilização que "possibilitou transferir para os assalariados e também para os subcontratados e outros prestadores de serviços o peso das incertezas do mercado." (BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009, p. 240).

Isso mesmo depois dos "trinta anos gloriosos" (1945-1973), de forte crescimento econômico europeu associado à institucionalização de direitos sociais, que davam sinais de eliminação de insegurança na relação salarial, com a substituição do proletariado pelo assalariado (BRAGA, 2012, p. 15).

Um jovem grupo de pensadores sociais e econômicos (neoliberais ou libertários) conseguiu convencer os políticos de que o principal elemento do modelo neoliberal era o de que:

> [...] o crescimento e o desenvolvimento dependiam da competitividade do mercado; tudo deveria ser feito para maximizar a concorrência e a competitividade e para permitir que os princípios de mercado permeassem todos os aspectos da vida.
>
> [...] Uma reivindicação neoliberal que se consolidou na década de 1980 foi a de que os países tinham de perseguir "a flexibilidade do mercado de trabalho". (STANDING, 2013, p. 15, grifo do autor).

Nesse mesmo rumo se encaminha Kalleberg (2009, p. 22):

> O trabalho precário nas últimas décadas é o resultado do crescimento da globalização (interdependência econômica e seus correlatos, tais como maior comércio internacional e movimento acelerado de capital, produção de trabalho) e da expansão do neoliberalismo (uma ideologia que implica desregulação, privatização e remoção de proteções sociais). Essas mudanças são acarretadas por mudanças tecnológicas, tais como computadorização, digitalização e avanços em tecnologia da informação, que possibilitam muitos dos aspectos da globalização. Em muitos países, houve também um decrescimento geral dos sindicatos e um crescimento do individualismo. Todos esses fatores vêm contribuindo para um aumento do trabalho precário.

Standing (2013, p. 23, grifo do autor) define que:

> [...] o precariado poderia ser descrito como um neologismo que combina o adjetivo "precário" e o substantivo relacionado "proletariado". [...] Podemos afirmar que o precariado é uma *classe-em-formação*, se não ainda uma *classe-para-si*, no sentido marxista do termo.

Neves (2006, p. 149-150) pontua que:

> De fato, acontece uma mudança do paradigma técnico-econômico com o desenvolvimento de uma tecnologia intensiva em informação com base técnica na microeletrônica, implicando uma reestruturação do setor produtivo e modificação nas relações sociais de produção. Ocorre um fortalecimento da articulação e integração técnica do capitalismo, com a formatação de novo modelo baseado na flexibilidade da produção e em novas formas de gestão do trabalho, tendo como consequência a estruturação de cadeias produtivas e os efeitos sobre o trabalho e emprego.
>
> Como já foi dito, a crise do paradigma taylorista-fordista na década de 1970 e a entrada de novas tecnologias baseadas na microeletrônica, tanto nas indústrias quanto nos serviços provocam transformações no mundo do trabalho e inúmeros investimentos importantes por parte das empresas. Elas se reestruturam integrando-se em uma rede produtiva, externalizando parte de suas atividades e com uma crescente complementaridade intersetorial visando à cooperação mais ágil e rápida, com o emprego do jus-in-time em todo o fluxo produtivo. A organização tanto do processo de produção quanto do processo de trabalho de forma enxuta e sistêmica redimensiona as relações de trabalho e as exigências para o trabalho.

Iniciando-se a análise da atuação do STF na precarização dos direitos sociais, em 13 de novembro de 2014, ele começou a informal reforma trabalhista por meio de decisões judiciais. O STF, no Recurso Extraordinário (RE) com Agravo n. 709.212, decretou a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90 e do artigo 55 do Regulamento do FGTS, aprovado pelo Decreto n. 99.684/90.

Nesse precedente o STF modificou seu entendimento anterior que acatava a prescrição com prazo de 30 anos (perda da possibilidade de acionar o Judiciário para se obter o acesso à justiça) para a discussão do FGTS, pois, no seu novo entendimento, no artigo 7º, inciso III, da Constituição, há previsão do FGTS como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais. Assim, o próprio inciso XXIX fixa a prescrição quinquenal para os créditos resultantes das relações de trabalho, o que impossibilitaria que lei dispusesse de forma diversa.

São vários os julgados do STF que entendiam pela prescrição trintenária: RE 134.328, Relator (Rel.) Ilmar Galvão, Primeira Turma, Diário de Justiça (DJ) 19.2.1993; do RE 116.761, Rel. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 2.4.1993; e do RE 120.189, Rel. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 19.2.1999. Foram mais de vinte anos nesse sentido, em reconhecimento ao seu fim especial de proteção social ao trabalhador, mesmo depois do advento da Constituição Federal.

A mudança no entendimento do STF se deveu à concepção de que o FGTS perdeu a natureza de alternativa à estabilidade do emprego, de característica multifacetada (tributária, previdenciária, trabalhista etc.). Como direito trabalhista, deveria agora se submeter ao mesmo prazo dos demais direitos, para conferir mais segurança jurídica às empresas. A amálgama de princípios constitucionais que até então se harmonizava pela proteção ao trabalhador, acolheu agora sensibilização de proteção da perspectiva das empresas.

Trata-se de mutação constitucional, processo informal de mudança do significado (norma produto da interpretação) sem alteração do significante, mesmo que em retrocesso à proteção dos direitos do trabalhador.

No ano seguinte, em 2015, especificamente em 16 de abril de 2015, o STF permitiu que organizações sociais pudessem prestar serviços públicos (saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente) que não sejam de exclusiva responsabilidade do Estado, em clara terceirização, conforme julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.923 / DF.

No dia 30 do mesmo mês de abril de 2015, o STF decidiu, no RE n. 590415 que, nos casos de Planos de Dispensa Incentivada – os chamados PDIs –, é válida a cláusula que dá quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, desde que esse item conste de Acordo Coletivo de Trabalho e dos demais instrumentos assinados pelo empregado.

Tal decisão se deu em desprestígio do artigo 477, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no qual se prevê que a quitação somente libera o empregador das parcelas especificadas no recibo. A justificativa do STF foi no sentido de que os sindicatos são entidades que possuem grande poder social e que gozariam de paridade de armas para confrontar as empresas.

A precarização das relações de trabalho também diminuiu o poder de barganha dos sindicados, porque os vários direitos dos trabalhadores foram consagrados constitucional e legalmente, o que acabou por esvaziar o campo de luta e reduziu o número de sindicalizados. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (2016, p. 18), os sindicatos têm pouca confiabilidade, de 25% apenas, ganhando apenas do Congresso Nacional, do Governo Federal e dos Partidos Políticos.

Em 29 de julho de 2016, na ADI n. 5.468, o STF julgou improcedente o seu pedido, na qual se questionavam os cor-

tes discriminatórios no orçamento na lei orçamentária anual, que acabaram por comprometer a autonomia da Justiça do Trabalho e frustrar a proteção dos direitos sociais.

Seguindo na sua caminhada precarizadora, em setembro de 2016, também inovando, permitiu que o acordo coletivo prevalecesse sobre a legislação com a exclusão de direito individual, inclusive. Tal se deu em razão de que na visão do STF o direito excluído seria compensado por outras vantagens, conforme livre manifestação sindical, em prestígio da autonomia coletiva da vontade (RE n. 895.759). A legitimidade dos sindicatos foi sobrelevada mais uma vez.

Em 14 de outubro de 2016, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 323, o STF, decidindo acerca da ultratividade das normas de acordo e convenções coletivas de trabalho, contrapôs-se ao Enunciado n. 277 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST), no qual se reconhece que cláusulas coletivas integram contratos individuais mesmo quando elas já expiraram, até que novo acordo seja firmado. Isso gerará a necessidade de nova repactuação, quando o empregador poderá tentar diminuir o elenco das conquistas já garantidas.

Em 26 outubro de 2016, a tão esperada decisão sobre a chamada desaposentação também não resistiu à precarização (Recursos Extraordinários n. 661.256, 381.367 e 827.833). Em plena efervescência da rediscussão da reforma da previdência, o STF decidiu que a desaposentação é inconstitucional, não obstante parecesse legítimo que o aposentado que retorna ao trabalho e continua contribuindo possa buscar novo cálculo do seu benefício. O argumento básico para negativa consistiu na circunstância de que a previdência brasileira possui caráter solidário e não pode ser proporcional ao volume de contribuição.

É claro que pesou bastante nessa decisão o impacto econômico que a medida poderia trazer. Conforme noticiou o jornal *O Globo*:

> Segundo a Advocacia Geral da União (AGU), existem no Brasil um milhão de aposentados que voltaram a trabalhar e continuam contribuindo para a Previdência Social. Em uma estimativa conservadora que leva em conta somente as aposentadorias ativas em dezembro de 2013, o impacto de uma decisão legitimando a revisão dos benefícios chegaria a R$ 588,7 milhões mensais e R$ 7,7 bilhões por ano. Em 30 anos, a despesa total poderia ser de R$ 181,9 bilhões, sem levar em conta novos segurados. (BRÍGIDO, 2016).

Para terminar o ano da precarização no STF, já prevenindo o ambiente de crise de possíveis greves de servidores públicos, decidiu-se que os salários dos servidores podem ser cortados desde o início da greve, mesmo que se admita a negociação dos dias parados mediante compensação. Há a clara intenção de redistribuir o ônus do direito de greve para corrompê-lo (RE n. 693456).

Interessante notar que o Ministro Luiz Fux, conforme noticiado pelo jornal *O Estado de São Paulo*, apontou explicitamente as reais motivações extrajurídicas das duas últimas decisões do STF, no caso o rombo da previdência e a crise econômica, ao se destacar que no cenário jurídico há o binômio economia e direito, quando o magistrado deve ter postura pragmático-consequencialista (LAGUNA, 2016).

Não é de hoje que o STF demonstra sensibilidade para com as questões econômicas em detrimento muitas vezes das disposições jurídicas presentes na Constituição. O critério de

coerência de suas decisões é o da governabilidade, quando pode pesar a política, rendida à economia. A fundamentação jurídica quase sempre é engendrada de modo a apenas justificar a criação do que se pretende legitimar. Mello (2015), em sua obra *Os bastidores do STF*, explicita os vários fatores que influenciam as decisões da Corte:

> No que respeita ao Poder Executivo, os casos analisados mostraram um Supremo Tribunal Federal bastante alinhado com as expectativas desse poder, quando invocados argumentos relacionados à "governabilidade" ou às "consequências econômicas" decorrentes de suas decisões. Esses argumentos parecem provocar uma atitude de autocontenção por parte do STF. Por outro lado, observou-se que o acolhimento de tais alegações pode dar margem a excessos e surpreender injustamente os jurisdicionados, sobretudo quando tais questões são enfrentadas de forma abstrata e teórica pelo Tribunal, sem grande aprofundamento, sem demonstração do real prejuízo para a governabilidade ou para a economia em concreto.

Apesar da ampla margem de adscrever os textos normativos, é interessante notar que o Poder Judiciário, de quem se esperava maior senso crítico na contraposição aos interesses do mercado internacional, já que protetor dos direitos e garantias fundamentais e sociais, empreende atitude apenas de chancelar o discurso unilateral e inevitável da crise, retórica utilizada para transpassar os riscos da atividade econômica para o trabalhador. É bem nesse sentido que se manifestam Bauman e Bordoni (2016, p. 9, grifo do autor):

> Qualquer acontecimento adverso, em especial os concernentes ao setor econômico, é "culpa da cri-

> se". Trata-se de uma atribuição de responsabilidade absolutamente despersonalizada, a qual liberta indivíduos de todo e qualquer envolvimento e faz alusão a uma entidade abstrata, o que soa vagamente sinistro.

É com esse discurso inevitável da crise, que a economia acaba por impor à política o que lhe for mais conveniente, ao passo que ela, produtora do direito, faz com que os direitos e as garantias fundamentais e sociais sejam oprimidos em prol dos interesses do mercado financeiro que, diante da impotência dos Estados Nacionais, autossufocados nas suas esferas de soberania, acabam por não ter a força necessária para conter a esfera internacional do capital financeiro (FERRAJOLI, 2015).

Chegou-se, no dizer de Crouch (2004), à fase da pós-democracia, quando a crise da igualdade e a trivialização do processo democrático chegam ao acentuado distanciamento entre o cidadão e a política, condição inquietante da "antipolítica".

Bauman e Bordoni (2016, p. 167) listam as características da pós-democracia: a) há desregulamentação com a supremacia do mercado financeiro; b) afastamento dos cidadãos da vida política; c) retorno ao liberalismo, com apropriação do espaço público pelo privado; d) declínio do Estado do bem-estar social; e) prevalência dos *lobbies*; f) política sem carisma, mas baseada na imagem construída pela propaganda; g) redução de investimentos públicos; h) democracia formal, com aparência de liberdade.

Apontam ainda Bauman e Bordoni (2016, p. 168-169) que é difícil superar a pós-democracia em razão de que ela é impulsionada por fortes interesses compartilhados e faz parte da nossa cultura, por exemplo, a introdução do emprego por prazo determinado, uma vez que se normalizou a insegurança no emprego. Sennet (1999, p. 9-10) aponta que:

> Hoje se usa a flexibilidade como outra maneira de levantar a maldição da opressão do capitalismo. Diz-se que, atacando a burocracia rígida e enfatizando o risco, a flexibilidade dá às pessoas mais liberdade para moldar suas vidas. Na verdade, a nova ordem impõe novos controles, em vez de simplesmente abolir as regras do passado – mas também esses novos controles são difíceis de entender. O novo capitalismo é um sistema de poder muitas vezes ilegível.

A pós-democracia fomenta nova forma de fascismo, da qual o STF tem se mostrado ser grande protagonista, conforme elucida Santos (2014), quando esclarece que um dos sinais da crise é a emergência do fascismo social, com fundo no capitalismo financeiro, que é diferente do fascismo político do século passado, que, sem sacrificar a democracia totalmente, opta por versão mais empobrecida dela, no contexto da economia de cassino lastreada pela especulação financeira e com protagonismo das empresas de *rating*.

As Cortes Supremas e as Constituições da segunda metade do Século XX surgiram como tentativa de impedir que o fascismo político pudesse ocorrer novamente, porém, não foram suficientes para inibir a mais forte demonstração do fascismo, a social, que, em verdade, conta com grande contribuição do STF como se elucidou outrora. Trata-se de nítido paradoxo.

Precisa-se compreender de uma vez por todas que as Cortes Supremas agem de forma política. É preciso reconhecer isso para que então se possa democratizá-las. É o que adverte Dahl (2016, p. 465, grifo do autor), por exemplo, em relação à Suprema Corte dos Estados Unidos:

> Se a Corte assumisse ser uma instituição "política", nenhum problema particular surgiria, tomar-se-ia

> por admitido que os membros da Corte resolvem questões de fato e de valor introduzindo suposições derivadas de suas próprias predisposições ou daquelas de clientes e constituintes influentes. Porém, dado que muito da legitimidade das decisões da Corte vem da ficção de que ela não é uma instituição política, mas uma exclusivamente jurídica, aceitar a Corte como uma instituição política resolveria uma série de problemas ao preço da criação de outra. Todavia, se é verdade que a natureza dos casos levados perante a Corte é algumas vezes do tipo que descrevi, então a Corte não pode agir estritamente como uma instituição jurídica. Deve escolher entre as alternativas controversas de política pública recorrendo ao menos a alguns critérios de aceitabilidade sobre questões de fato e de valor que não podem ser encontrados ou deduzidos de precedente, lei ou Constituição. É nesse sentido que a Corte é uma instituição nacional de tomada de decisão política, e é esse papel que traz o problema da existência da Corte em um sistema político ordinariamente considerado democrático.

A dimensão substancial da democracia vem sendo afetada pelo fascismo social, em razão de que a política está a serviço da economia. É preciso democratizar a política, principalmente a realizada no âmbito do STF. Em razão da natureza política de suas decisões, o STF não pode negar a influência que o povo pode e deve ter em suas decisões. Eventuais ressonâncias não podem ser tachadas de populistas, pois onde há política, ela deve ser democratizada.

O STF, portanto, não pode ser totalmente insensível às demandas populares, porque assim como a subserviência da

política gerou a antipolítica, consequência da pós-democracia, a do direito à economia no contexto do constitucionalismo pode fomentar o pós-constitucionalismo, oportunidade em que a Constituição pode sair desautorizada por falta de ressonância com os anseios do povo.

É complexo dosar a trinca de inter-relações entre direito, política e economia. Sob a ótica transdisciplinar, a "juspolimia" não pode pender sempre para a governabilidade na perspectiva chantagista da economia. Esse é o desafio das Cortes Supremas, que ainda gozam de certa legitimidade já perdida pelas outras funções estatais, mas que já se encontra em declínio rumo ao pós-constitucionalismo. É preciso buscar alternativas.

Nessa tentativa de acolher a democracia na política judiciária, chega-se ao constitucionalismo democrático de Post e Siegel (2016, p. 487), que explicitam que:

> Confiança na sensibilidade *(responsiveness)* da ordem constitucional representa um papel crucial na preservação da autoridade da Constituição. Quando essa confiança existe, os cidadãos acatam decisões judiciais acerca do significado da Constituição que divirjam dos seus. A manutenção dessa confiança depende de os cidadãos terem oportunidades significativas de persuadirem uns aos outros a adotar entendimentos constitucionais alternativos. Paradoxalmente, a possibilidade de discordância junto ao significado da Constituição preserva a autoridade constitucional porque possibilita que pessoas de convicções distintas vejam a Constituição como expressão de seus compromissos mais fundamentais e considerem a Constituição como direito fundacional.
>
> Utilizamos o termo "constitucionalismo democrático" em outro texto para expressar o paradoxo de

> que a autoridade constitucional depende tanto de sua sensibilidade democrática quanto de sua legitimidade enquanto lei.

É indispensável que o STF seja o guardião da Constituição resguardando os direitos e garantias fundamentais e sociais, para rechaçar não apenas o fascismo político, como também o social, ao fazer uso do constitucionalismo democrático, na tentativa de arrefecer as consequências da pós-democracia e evitar a instauração do pós-constitucionalismo.

O constitucionalismo democrático somente será possível se o vazio político internacional for preenchido por um constitucionalismo supranacional, em caráter supraestatal (incluindo os agentes do mercado internacional) e interestatal, em clara fundação jusconstitucionalista da democracia ou fundação juscosmopolita da esfera pública (FERRAJOLI, 2015). Do contrário, a política no âmbito internacional continuará propícia ao domínio da economia, com a manutenção do ciclo de precarização dos direitos fundamentais e sociais.

CONCLUSÃO

A financeirização da economia e a desterritorialização da mão de obra, propiciadas pela globalização em razão do incremento das possibilidades de transporte e de comunicação, alteraram o xadrez das relações interestatais, com a impotência dos Estados de se contrapor ao poder político global do mercado financeiro internacional, com a precarização dos direitos e garantias fundamentais em prol da acumulação desenfreada dos mais ricos.

Esse novo ambiente também proporcionou o surgimento do fascismo social que, diferente da modalidade política, mantém versão empobrecida de democracia, simulando-a por vezes na versão formal, mas na material se proporciona precarização.

Livre no “estado de natureza internacional”, o mercado financeiro internacional apropriou-se do vazio político deixado pela autocontenção dos Estados nas suas esferas de soberania.

Na dinâmica de forças entre o direito, a política e a economia, a economia tem obtido êxito porque dispõe de eficazes instrumentos de pressão sobre os Estados, o que acaba por contaminar a política que, produtora do direito, promove a precarização dos direitos sociais, como se observou intensamente em 2016 por meio das inúmeras decisões do STF elencadas ao longo do texto.

A participação do STF no processo de precarização dos direitos sociais faz aflorar um paradoxo, porque ele foi criado para combater o fascismo político, mas o sistema financeiro surgiu como novo desafio que não foi administrado eficazmente, o que o tornou protagonista na promoção do fascismo social.

Somente por meio da ocupação do poder político internacional por novas estruturas institucionais interestatais e que integrem os agentes financeiros internacionais, em franco processo de constitucionalização supranacional, apoiado no constitucionalismo democrático, será possível evitar a indiferença às constituições, fenômeno similar à pós-democracia.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zaharl, 2016.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

BRAGA, Ruy. **A política do precariado**: do populismo à hegemonia lulista. São Paulo: Boitempo, 2012.

BRÍGIDO, Carolina. STF decide que desaposentação é inconstitucional. **O Globo,** Rio de Janeiro, 28 out. 2016. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/stf-decide-que-desaposentacao-inconstitucional-20364094>. Acesso em: 15 dez. 2016.

CROUCH, Colin. **Post-democracy**. Cambridge: Polity Press, 2004.

DAHL, Robert A. Tomada de decisão na democracia - A Suprema Corte como instituição nacional de tomada de decisão política. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20-%202%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 ago. 2016.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole** – o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2002.

KALLEBERG, Arne L. **O crescimento do trabalho precário**: um desafio global. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, ANPOCS, n. 24, v. 69, 2009. Disponível em: <http:dx.doi.org/10.1590/S0102-69092009000100002>. Acesso em: 15 dez. 2016.

LAGUNA, Eduardo. Rombo na Previdência levou STF a rejeitar ‘desaposentação’, diz Fux. **O Estado de São Paulo,** São Paulo, 28 out. 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,rombo-na-previdencia-levou-stf-a-rejeitar-desaposentacao-diz-fux,10000084971>. Acesso em: 15 dez. 2016.

MELLO, Patrícia Campos. **Nos Bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. VitalBook file.

MORIN, Edgar. **Ensinar a viver**. Porto Alegre: Sulina, 2015.

NEVES, Magda de Almeida. As novas configurações do trabalho: diversidade, precarização e dominação. In: PORTO, Maria Stela Grossi; DWYER, Tom (Org.). **Sociologia em transformação**: pesquisa social no século XXI. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2006.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Constitucionalismo democrático. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democracia al borde del caos**: ensayo contra la autoflagelación. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Siglo XXI Editores, 2014.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 1999.

STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.